١٥٧ يارامه يانمه
١٦٤ يارامه يانمه
١٦٦ يارامه يانمه
١٧١ يارامه يانمه
١٧٤ يارامه يانمه
١٧٦ يارامه يانمه
١٧٧ يارامه يانمه
١٧٩ يارامه يانمه
١٨٢ يارامه يانمه
١٨٦ يارامه يانمه
١٩٠ يارامه يانمه
١٩٥ يارامه يانمه
٢٠٦ يارامه يانمه
٢١١ يارامه يانمه
٢٧٨ يارامه يانمه
٢٨٧ يارامه يانمه
٢٨٩ يارامه يانمه

T. C.
İSTANBUL
Fatih Kütüphanesi
SAYI

٢٢٠٧

١٢٠ آتلامه

٤١ — دن ٤٨ داخل ٨
٦٢ — دن ٦٥ داخل ٤
٧٢ — دن ٧٨ داخل ٦
٨٠ — دن ٨٢ داخل ٢ ٨١
١٣٣ — دن ١٤٠ داخل ٨

١٨١
٢٩
١٨٩

٢٧٥ يازيلى
٢٩ ياصه
٢٩٤

١٧

سع صرف كفاز حواله ادراوج مهادات رجوع الشهادات كتاب الوكالة كتاب الدعوى كتاب الاقرار صلح مضاربه
وديعه عاريه هبه اجارات مكاتب ولا اكراه حجر مأذون غصب شفعه قسمه مزارعه
مساقاة ذبايح اضحيه كراهيه احياء موات اشربه صيد كراهيه رهن جنايات ديات
معاقل وصايا خنثى

حلا ربانى من الحمد لله اول البيوع الى اخر الكتاب

افتتحت الهدايه بعون الله الفتاح الهادي
يوم الاربعاء الثامن من شهر جمادى الاخرى
من العالم النحرير المحقق المدقق المدرس الكامل
استاذ الطلبة الفاضلين مولانا فخر الملة والدين
الرازي ادام الله تعالى افاداته على المستفيدين
في السنة المباركة سنة سبع وسبعين وسبعمائة من تاريخ النبي
وانا اضعف العباد قاسم بن حسين الحنفي الانقروي عاملهما الله تعالى بلطفه الخفي

عدد اوراق
٣٥١

سلطاني

عدد اوراق درسوا كرجى الكى

جرم الصحف محمد بن علي العطار

٢٢٥١

Süleymaniye U. Kütüphanesi
Kısmı: Fatih
Yeni Kayıt No:
Eski Kayıt No: 2251

K.2346

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظي الماضي مثل ان يقول

احدهما بعت والآخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف

بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد

بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق

هنالك وقوله رضيت او اعطيتك بكذا وخذه بكذا في معنى قوله بعت و

اشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا

ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة قال

واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء

رد وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير

رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع لخلوه

عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع المتفرقات

فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب

كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة

وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم

رضى الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى

وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض

والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع

ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي رحمه الله

يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار

ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار

القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها او يحتمله

فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة

مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف

فيه لا تفضي الى المنازعة والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر

والصفة لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة

فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل

قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق

قوله تعالى واحل الله البيع وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودي طعاما الى

اجل ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة

من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه

في بعيدها قال ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد

البلد لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف اليه فان كانت النقود
مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها وهذا اذا كان الكل في الرواج
سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او
يكون احدها اغلب واروج فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز
وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي
والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع اذا
اطلق اسم الدراهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من اي نوع كان لانه
لا منازعة والاختلاف في الرواج قال ويجوز بيع الطعام والحبوب
مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف
النوعان فبيعوا كيف شئتم ولان الجهالة غير مانعة من التسليم فشابه جهالة
القيمة بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا قال
ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره
لان الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه
قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متاخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق
المنازعة وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح و
اظهر قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز
واحد عند ابي حنيفة رضي الله عنه الا ان يسمي جميع قفزانها وقالا يجوز

في الوجهين لانه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف
الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل
في المجلس ولما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا
من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة
فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس او سمى جميع
قفزانها لانه علم ذلك الآن فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع
ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وكذا من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة
الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما بينا وعنده
ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب
لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة
الى المنازعة فيه وتفضي اليها في الاول فوضح الفرق ومن ابتاع صبرة
على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ
الموجود بحصته وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه
بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار
معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة
او ارضا على انها مائة ذراع بمائة فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء

اخذها بجملة الثمن ان شاء ترك لان الذرع وصف في الثوب الاتري انه
عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان
فلهذا ياخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن
فلهذا ياخذه بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود
عليه فيختل الرضا وان وجدها اكثر من الذرع الذي سماه فهو للمشتري
ولا خيار للبائع لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم
ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة
فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان الوصف
وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة
ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن آخذا كل ذراع بدرهم وان وجدها
زائدة فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه
ان حصل له الزيادة في الذرع يلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير
وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه صار اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن آخذا
بالمشروط ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا هو جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة
سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه
عشرة اسهم وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين

دون الشاة وذلك غير معلوم بخلاف الطعام ولا يرد عند ابي حنيفة رضي
الله عنه فيما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله
الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة
او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز
في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة
المبيعة وقيل عند ابي حنيفة رضي الله عنه لا يجوز في فصل النقصان ايضا
وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما
مروي حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل القبول
في المروي شرطا لجواز العقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط
في المعدوم فافترقا ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع
بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رضي الله
عنه في الوجه الاول ياخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه
بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رحمه الله في الوجه الاول ياخذه باحد
عشر ان شاء وفي الثاني ياخذه بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله في الاول
ياخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لان من
ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه ولابي
يوسف رحمه الله انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب

على حدة وبذا ينتقض لابي حنيفه رضي الله عنه ان الذراع وصف في الاصل
وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم
الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري
ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى
هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه فصل ومن باع دارا دخل بناؤها في
البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه
متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل
والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها للقرار فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع
الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيه ومن
باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام
من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال
وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها
وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع
فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رحمه الله
يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم
المعتاد وفي العادة ان لا يقطع وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة
وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم

العوض كتسليم المعوض والفرق بينهما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن
في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين
على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت الارض
وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها
كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقيل يدخل وكأن
هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل
ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما ولو
قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها
لم يدخلا فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه
اما الثمر المجذوذ والزرع المحصود بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح
قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه
مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان
يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغا
لملك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها
على النخيل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير
او هو صفقة في صفقة وهو اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط
الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف

رحمهما الله لما قلنا واستحسنه محمد رحمه الله للعادة بخلاف ما إذا
لم تتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى
من الأرض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها بإذن البائع طاب
له الفضل وإن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة
محظورة وإن تركها بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء لأن هذا تغير حالة لا
تحقق زيادة وإن اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استأجر
النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل لأن الإجارة باطلة لعدم
التعارف والحاجة فبقي الإذن معتبرا بخلاف ما إذا اشترى الزرع
واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لأن
الإجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فأثمرت
ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو
أثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره
لأنه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص أن يشتري الأصول
لتحصل الزيادة على ملكه قال ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني
منها أرطالا معلومة خلافا لمالك رحمه الله لأن الباقي بعد الاستثناء
مجهول بخلاف ما إذا استثنى نخلا معينا لأن الباقي معلوم بالمشاهدة
قال العبد الضعيف قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي رحمه الله

أما على ظاهر الرواية فينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد
عليه بانفراده يجوز استثناؤه منه وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا
استثناؤه بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذا
استثناؤه ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلى في قشره وكذا الأرز
والسمسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلى الأخضر
وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الأول عنده وله في بيع السنبلة
قولان وعندنا يجوز ذلك كله له أن المعقود عليه مستور بما لا منفعة
له فيه فأشبه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه ولنا ما روي أن النبي عليه السلام
نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة
ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع بينهما كونه
مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال
الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسألتنا لو باعه بجنسه لا يجوز
أيضا لشبهة الربا لأنه لا يدري قدر ما في السنابل ومن باع دارا
دخل في البيع مفاتيح أغلاقها لأنه يدخل فيه الأغلاق لأنها مركبة
فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لأنه بمنزلة
بعض منه إذ لا ينتفع به بدونه قال وأجرة الكيال وناقد
الثمن على البائع أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع

ومعنى هذا اذا بيع مكايلة ولذا اجرة الوزان والذراع والعداد
واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رحمهما الله لان النقد
يكون بعد التسليم الا يرى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه
ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة
عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة
تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال واجرة
وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن
يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن
اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع
بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة قال ومن
باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعين فلا
حاجة الى تقديم احدهما في الدفع

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلاثة ايام فما
دونها والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري
رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له عليه السلام اذا بايعت فقل
لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة رحمه الله
وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وقالا يجوز اذا سمى مدة

معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنه انه اجاز الخيار الى شهرين ولان
الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة
الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط الخيار
يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما
روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة الا
انه اذا اجاز في الثلث جاز عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لزفر رحمه الله
هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد
قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس ولان
الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد
بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع و
قيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا
على الوجه الاول ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة
ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز الى اربعة ايام او اكثر
فان نقد في الثلث جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى
اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد
تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة رحمه الله

على اصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلث ولمحمد رحمه الله
في تجويز الزيادة وابو يوسف رحمه الله اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا
بالقياس وفي هذه المسئلة قياس اخر واليه مال زفر رحمه الله وهو
انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها
فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد اولى وجه الاستحسان ما بينا

قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام
هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك
المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع فلو قبضه
المشتري وهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك
لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على
سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا
شيء على المشتري اعتبارا بالصحيح المطلق وخيار المشتري لا
يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانب الاخر لازم و
هذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه
شرع نظرا له دون الاخر

قال الا ان المشتري لا يملكه
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه لانه لما خرج من ملك البائع فلو
لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع

ولابي حنيفة رحمه الله انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل
المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة
ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار
شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك
ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر

قال فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله
عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا
دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب
فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول
العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف

ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح لانه
لم يملكها لما له من الخيار وان وطئها له ان يردها لان الوطء
بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطء ينقصها وهذا عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطئها
لم يردها لانه وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه
المسئلة اخوات كلها تبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار
وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار

صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الآخر حاضرا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز وهو قول
الشافعي رحمه الله والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه له انه
مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا
يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير
وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع
السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان
الخيار للبائع او لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري
وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف
الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول بانه مسلط وكيف يقال ذلك
وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان
فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو
بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ **قال**
واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي
يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار
العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة فلا يتصور
انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان

ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر
بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق
بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة
لا يجتزئ به من الاستبراء عنده ولو ردت بحكم الخيار الى البائع
لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض
ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد
له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع
باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من
مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك وعندهما من مال
المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري
عبدا ماذونا له فابراه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لان
الرد امتناع عن التملك والماذون له يليه وعندهما بطل خياره
لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها
اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار
عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه
لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار وهو مسلم **قال** ومن شرط
الخيار فله ان يفسخ في مدة الخيار وله ان يجيز فان اجاز بغير حضرة

علا قيل ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء لتصحيح التصرف لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد اولا ثم على الغير كفالة عنه لذلك اجيب بان الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل يبقى في ذمة الاصيل والكفالة التزام المطالبة والمذكور ههنا هو الثمن على الاجنبي وثبوته المقتضي لتصحيح المقتضي ولو صحت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلا للمقتضي فعاد على موضوعه بالنقض فان قيل فليكن بطريق الحوالة فان فيها المطالبة بالدين كالكفالة اجيب ان المشتري اصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز ان يكون تابعا لفرعه وهو المحال عليه من سبح اكمل الدين نعمه الله تعالى لكن سقطت ترتيبه بحذف زوائده

المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث اما بنفس الخيار

الورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه

بملك الغير لا ان يورث الخيار قال ومن اشترى

شيئا وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض

انتقض واصله ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا

وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لان الخيار

من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره

كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد

لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له

اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون

لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض

ولو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان

لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف

العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في اخرى وجه الاول ان

تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه ووجه

الثاني ان الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا

يلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا حال

التصرف وقيل الاول قول محمد رحمه الله والثاني قول ابي يوسف

رحمه الله واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل

من غيره معا فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف رحمه الله

يعتبرهما قال ومن باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار

في احدهما ثلاثة ايام فالبيع فاسد وان باع كل واحد بخمسمائة على انه

بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع والمسألة على اربعة اوجه احدها

ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول

في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار

كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي

الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني ان يفصل الثمن

ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز

لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه

الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير

مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث

ان يفصل ولا يعين والرابع ان يعين ولا يفصل والعقد فاسد في

الوجهين اما لجهالة المبيع او لجهالة الثمن ومن اشترى ثوبين

على ان يأخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة ايام فهو جائز

وكذلك الثلاثة فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد والقياس
أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما
الله وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن
ليختار ما هو الأرفق والأوفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة
لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتريه لأجله ولا
يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع
غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط
والردي فيها والجهالة لا تفضي إلى المنازعة في الثلاث لتعين من
له الخيار وكذا في الأربع إلا أن الحاجة إليها غير متحققة
والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية إلى
المنازعة فلا تثبت بأحدهما ثم قيل يشترط أن يكون في هذا
العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع
الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون
ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا وإذا لم يذكر خيار الشرط
لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبمدة معلومة أيتها
كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها
اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح لأن المبيع في الحقيقة أحدهما

والآخر أمانة والأول يجوز واستحقاق ولو هلك أحدهما أو تعيب
لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لامتناع الرد بالتعيب
ولو هلكا جميعا معا لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع
والأمانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعا
ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لأن الباقي خيار
التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت بخلاف الوارث وأما خيار
الشرط فلا يورث وقد ذكرناه من قبل ومن اشترى دارا على
أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا لأن
طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لأنه ما ثبت إلا لدفع
ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار
سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار
كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة خاصة
قال وإذا اشترى الرجلان عبدا على أنهما بالخيار
فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا له أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية
لهما أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط
صاحبه لما فيه من إبطال حقه وله أن المبيع خرج عن ملكه غير

معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا وفيه الزام

ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد احدهما

لتصور اجتماعهما على الرد ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب فكان

بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك

لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته

يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع

لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد به العقد بمنزلة وصف

الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة

واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن

لكونها تابعا في العقد على ما عرف

باب خيار الرؤية

قال ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان

شاء رده وقال الشافعي رحمه الله لا يصح العقد اصلا لان

المبيع مجهول ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار

اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه

لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار وكذا اذا

قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا

فلا يثبت قبله وحق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى

الحديث ولان الرضا بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق

فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت ومن

باع ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة يقول اولا له الخيار

اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد

بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف

المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول

المرجوع اليه انه معلق بالشرى لما روينا فلا يثبت دونه وروي

ان عثمان بن عفان رضي الله عنهما باع ارضا بالبصرة من طلحة بن

عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت

ما لم اره وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره

فحكما بينهما جبير بن مطعم رضي الله عنه فقضى بالخيار لطلحة

وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ثم خيار الرؤية غير

موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب

او تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه

كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق

والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ

فبطل الخيار وإن كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار
والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لأنه لا يربو على
صريح الرضا بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا قال ومن
نظر إلى وجه الصبرة أو إلى ظاهر الثوب مطويا أو إلى وجه الجارية
أو إلى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والأصل في هذا أن رؤية جميع
المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود
ولو دخل في البيع أشياء فإن كان لا تتفاوت آحاده كالمكيل والموزون
وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها إلا إذا كان
الباقي أردى مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وإن كان تتفاوت
آحاده كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد والجوز والبيض
من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي رحمه الله وكان ينبغي أن يكون مثل
الحنطة والشعير لكونها متقاربة إذا ثبت هذا فنقول النظر إلى وجه
الصبرة كاف لأنه يعرف وصف البقية لأنه مكيل يعرض بالنموذج
وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية إلا إذا كان في طيه
ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو
والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره
وشرط بعضهم رؤية القوائم والأول هو المروي عن أبي يوسف

رحمه الله وفي شاة اللحم لا بد من الجس لأن المقصود وهو اللحم يعرف به
وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق
لأن ذلك هو المعرف للمقصود قال وإن رأى صحن الدار
فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها وكذا إذا رأى خارج الدار أو
رأى أشجار البستان من خارج وعند زفر رحمه الله لا بد من دخول
داخل البيوت والأصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم
في الأبنية فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فأما اليوم فلا بد من
الدخول في داخل الدار للتفاوت فالنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم
بالداخل قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده
إلا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظره وهذا عند أبي حنيفة
رضي الله عنه وقالا هما سواء وله أن يرده قال رضي الله عنه معناه
الوكيل بالقبض أما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع
لهما أنه توكل بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به
وصار كخيار العيب والشرط والإسقاط قصدا وله أن القبض
نوعان تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه مستورا وهذا
لأن تمامه بتمام الصفقة ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه
بنوعيه فكذا الوكيل لإطلاق التوكيل وإذا قبضه مستورا انتهى التوكيل

بالناقص فيملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار
العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط
على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه
لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فلا يملكه وكيله بخلاف
الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض
والتسليم اذا كان رسولا في البيع والشرى قال وبيع الاعمى
وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره وقد قررناه
من قبل ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه
اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير
ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام
مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف رحمه الله اذا وقف
بمكان لو كان بصيرا لراه وقال قد رضيت سقط خياره لان التشبه
يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة
في حق الاخرس في الصلوة واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له
في الحج وقال الحسن رحمه الله يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه وهذا اشبه
بقول ابي حنيفة رضي الله عنه لان رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما
مر آنفا قال ومن راى احد الثوبين فاشتراهما ثم راى

الاخر جاز له ان يردهما لان رؤية احدهما لا تكون رؤية الاخر
للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما
كي لا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع
خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا
رضاء ويكون فسخا من الاصل ومن مات وله خيار الرؤية بطل
خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط
ومن راى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي راه فلا
خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت
الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضا به وان وجده متغيرا فله
الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان
اختلفا في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث وسبب اللزوم
ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري
بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره
فيكون القول قوله قال ومن اشترى عدل زطي فباع
منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط
لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة
قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار

العيب الى الصفقة ثم مع خيار العيب بعد القبض ان كانت الرؤية
قبله وفيه وضع المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار
الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله
انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رحمه الله

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان
شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فوته
يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان
لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله
عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد
بدون تضرره والمراد عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند
البيع ولا عند القبض لان ذلك رضا به قال وكل ما اوجب
نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية
وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله قال
والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ
فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه اذا ظهرت عند
البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله ان يرده لانه عين

ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب هذه
الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة
وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة
المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل
فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا قال
والجنون في الصغير عيب ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع
ثم عاوده في يد المشتري فيه او في الكبر يرده لانه عين الاول اذ
السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه انه لا يشترط
المعاودة في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان
قلما يزول فلا بد من المعاودة للرد قال والبخر والذفر
عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به وليس بعيب
في الغلام لان المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من
داء لان الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام
لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود
في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان
اتباعهن يخل بالخدمة قال والكفر عيب فيهما لان طبع
المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة

فلو اشتراها [illegible] لانه زوال العيب فلو
كانت الجارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع
الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبع
عشرة سنة فيها عند ابي حنيفة رضي الله عنه ويعرف ذلك بقول
الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح
واذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله ان
يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع لانه خرج
عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين
الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه لانه رضي بالضرر
قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه
امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث فان قال البائع انا اقبله كذلك
كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه المشتري
لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو بالبيع حابسا
للمبيع فلا يرجع بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او
لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب
الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه
ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا وليس للبائع

ان يأخذه لان الامتناع لحق الشرع فان باعه المشتري بعد
ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع
حابسا للمبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده
الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد
كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها
بالتسليم اليه قال ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات
عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به
والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان
الامتناع بفعله فصار كالقتل في البيع وفي الاستحسان يرجع لان
العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما
يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا
لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر
والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر
الحكمي وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس
المبدل وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يرجع لانه انهاء للملك
وان كان بعوض وان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم
يرجع بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع لأن قتل المولى عبده لا يتعلق
به حكم دنياوي فصار كالموت حتف أنفه فيكون إنهاء ووجه
الظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضمونا وإنما يسقط الضمان
ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الإعتاق
لأنه لا يوجب الضمان لا محالة كإعتاق المعسر عبدا مشتركا وأما
الأكل فعلى الخلاف عندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا
الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرق لهما أنه صنع في المبيع ما يقصد
بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبه الإعتاق وله أنه تعذر الرد بفعل
مضمون منه في المبيع فأشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا
ألا يرى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وإن أكل
بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة
لأن الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعنهما أنه يرجع
بنقصان العيب في الكل وعنهما أنه يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض
ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثاء أو خيارا أو جوزا فكسره فوجده
فاسدا فإن لم ينتفع به رجع بالثمن كله لأنه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا
يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لأن ماليته قبل الكسر باعتبار اللب
وإن كان ينتفع به مع فساده لم يرده لأن الكسر عيب حادث ولكنه

يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الإمكان وقال الشافعي
يرده لأن الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في
ملكه فصار كما إذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو
قليل جاز البيع استحسانا لأنه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو
عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وإن كان الفاسد
كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع
بين حر وعبد قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد
عليه بعيب فإن قبل بقضاء القاضي بإقرار أو بينة أو بإباء يمين له
أن يرده على بائعه لأنه فسخ من الأصل فجعل البيع كأن لم يكن غاية
الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى
القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل
بالبيع إذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لأن البيع
هناك واحد والموجود ههنا بيعان فينفسخ الثاني لا ينفسخ الأول
وإن قبل بغير قضاء القاضي فليس له أن يرده لأنه بيع جديد في حق
ثالث وإن كان فسخا في حقهما والأول ثالثهما وفي الجامع الصغير
وإن رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخاصم
الذي باعه وبهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث

يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهل عنه
والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأول في اليمين عند نابه وقت
التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده
واراد تحليف البائع ما يعلم انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف
المشايخ على قول ابي حنيفة رضي الله عنه لهما ان الدعوى معتبرة
حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض ان
الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليس تصح الا من خصم ولا يصير خصما
فيه الا بعد قيام العيب وان نكل عن اليمين عندهما يحلف للرد على
الوجه الذي قدمنا قال رضي الله عنه اذا كانت الدعوى في اباق
الكبير يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر
لا يوجب رده بعد الكبر قال ومن اشترى جارية وتقابضا
فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري
بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار
المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على
مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا قال ومن اشترى
عبدين صفقة واحدة فقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا فانه يأخذهما
او يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد

سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يحلف للتيقن
بقيام العيب عند البائع الاول قال ومن اشترى عبدا
فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او
يقيم المشتري بينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه
بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع
ولانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي
به صونا لقضائه فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع
ودفع الثمن يعني اذا حلف لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع
كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه
قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البائع حتى
يقيم المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه لم يأبق
عنده لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام
العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلف بالله لقد
باعه وسلمه اليه وما ابق قط كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه بالله
ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك
قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه
وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد

ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في
العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن ابي يوسف
رحمه الله انه يرده خاصة والاصح انه يردهما او يأخذهما لان تمام
الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق
زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد
باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر رحمه الله هو يقول فيه
تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى
الرديء فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق
بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية
والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الآخر
قال ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه
عيبا رده كله او اخذه كله ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان
من جنس واحد فهو كشيء واحد الا ترى انه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه
وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد وان كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين
حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر ولو استحق بعضه فلا
خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام
الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما

لو كان ذلك قبل القبض له ان يرد ما بقي لتفرق الصفقة قبل التمام
وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع
حين ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون قال ومن
اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة فركبها في حاجته
فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان
الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا
وان ركبها ليردها على بائعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس
برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف
محمول على ما اذا كان لا يجد منه بدا لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف
في عدل واحد اما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا
قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند
المشتري له ان يرده ويأخذ الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب
وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب
عندهما لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي
المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده
وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت عنده بالولادة فانه يرجع بفضل

ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل له ان سبب الوجوب في يد البائع
والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق
وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية وجدت
في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة قال ولو سرق
في يد البائع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان
كما ذكرناه وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث
ويرجع بالنقصان بربع الثمن وان قبله البائع فبثلاثة الارباع لان
اليد من الادمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين في احدهما الرجوع فيتنصف
ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على
بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع
بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري
يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح
لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال ومن باع عبدا
وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب
ويعددها وقال الشافعي رحمه الله لا يصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء
عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد
بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة

وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة
ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي
يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه الحادث وهو قول
زفر رحمه الله لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف رحمه الله ان الغرض
الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود
والحادث

باب البيع الفاسد

واذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة
والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان غير مملوك كالحر قال رحمه الله
هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول
البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال
بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد
لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض و
الباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون
امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك و
عند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشرى
وقيل الاول قول ابي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما في بيع ام الولد
والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال

عند زوال القبض به ويكون المبيع مضموناً في يد المشتري فيه وفيه
خلاف الشافعي رحمه الله وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى وكذا بيع
الميتة والدم والحر باطل لأنها ليست أموالاً فلا تكون محلاً للبيع وأما بيع الخمر
والخنزير إن كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وإن
كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وإن كان لا يملك عين
الخمر والخنزير ووجه الفرق أن الخمر مال وكذا الخنزير مال عند أهل
الذمة إلا أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانته وترك إعزازه وفي
تملكه بالعقد مقصوداً إعزاز له وهذا لأنه متى اشتراها بالدراهم فالدراهم
غير مقصودة لكونها وسيلة لما أنها تجب في الذمة وإنما المقصود الخمر فسقط
التقوم أصلاً بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن مشتري الثوب
إنما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه إعزاز الثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر
معتبراً في تملك الثوب لا في نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب
دون الخمر وكذا إذا باع الخمر بالثوب لأنه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه
مقايضة قال وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد
ومعناه باطل لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله عليه السلام
أعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الأهلية
بعد الموت والمكاتب استحق يداً على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك

بالبيع لتعطل ذلك كله وإنه لا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان
والأظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي
المطلق خلاف الشافعي رحمه الله وقد ذكرناه في العتاق وإن ماتت أم
الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضموناً
عليه كسائر الأموال وهذا لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى
يملك ما يضم إليهما في البيع بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه
القبض وهذا الضمان به وله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته في محل يقبل
الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما
في البيع في حق أنفسهما وإنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما فصار
كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وإنما يثبت حكم الدخول فيما
ضمه إليه كذا هذا قال ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد
لأنه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد لأنه غير
مقدور التسليم ومعناه إذا أخذه ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ من
غير حيلة جاز إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم
الملك قال ولا بيع الطير في الهواء لأنه غير مملوك قبل الأخذ
ولو أرسله من يده فغير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي

النبي عليه السلام عن الحمل وحبل الحبلة ولان فيه غررا قال ولا
اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه ينازع في كيفية الحلب وربما
يزداد فيختلط المبيع بغيره قال ولا الصوف على ظهر الغنم
لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف
القوائم لانها تزيد من اعلاها وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع
في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح ان النبي عليه
السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن
وهو حجة على ابي يوسف في هذا الصوف حيث جوزه فيما يروى عنه
قال وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع او لم يذكراه
لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة
فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة
ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري يعود
صحيحا وان ثبتهما اخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اما الجذع فعين
موجود قال وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة
مرة لانه مجهول ولان فيه غررا قال وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخيل
بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه عليه السلام نهى عن المزابنة والمحاقلة
فالمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها

خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما اذا
كان موضوعا على الارض وكذلك العنب بالزبيب على هذا وقال
الشافعي رحمه الله يجوز فيما دون خمسة اوسق لانه عليه السلام نهى
عن المزابنة ورخص في العرايا وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق
قلنا العرية العطية لغة وتاويله ان يبيع المعرى له ما على النخيل من
المعرى بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لانه لم يملكه فيكون برا مبتدأ قال ولا
يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو
ان يتراوض الرجلان على سلعة اي يتساومان فاذا لمسها المشتري او
نبذها اليه البائع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع
الملامسة والثاني بيع المنابذة والثالث بيع القاء الحجر وقد نهى النبي عليه
السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر ولا يجوز بيع ثوب
من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان ياخذ ايهما شاء جاز
البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه قال ولا يجوز بيع المراعي
ولا اجارتها والمراد الكلأ اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك
الناس فيه بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين
مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب
لبنها لا يجوز فهذا اولى ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف

رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي رحمه الله
لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل
والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج
منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل
بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي رحمه الله ولا يجوز بيع دود
القز عند ابي حنيفة رحمه الله لانه من الهوام وعند ابي يوسف رحمه الله
يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا
به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز لمكان
الضرورة وقيل ابو يوسف مع ابي حنيفة كما في دوده والحمام اذا علم
عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع
الآبق لنهي النبي عليه السلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه قال
الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لان المنهي بيع آبق مطلق وهو ان
يكون ابقا في حق المتبايعين وهذا غير آبق في حق المشتري ولانه اذا كان
عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا
بمجرد العقد اذا كان في يده وكان اشهد لانه امانة عنده وقبض الامانة
لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب
ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين

ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك
العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن ابي
حنيفة رحمه الله انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام
المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع وهكذا
يروى عن محمد رحمه الله قال ولا بيع لبن امرأة في قدح وقال
الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الآدمي
وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية
بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة
لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها
واما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل تتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا
حياة في اللبن قال ولا بيع شعر الخنزير لانه نجس العين
فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان
ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى
البيع ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف رحمه الله
وعند محمد رحمه الله لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل
طهارته ولابي يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا
في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها ولا يجوز بيع شعور الانسان

ولا الانتفاع بها لأن الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من
أجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة
والمستوصلة الحديث وإنما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في
قرون النساء وذوائبهن قال ولا بيع جلود الميتة قبل
أن تدبغ لأنه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة
بإهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلوة ولا بأس
ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لأنها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه
في كتاب الصلوة ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها
وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لأنها طاهرة لا يحلها
الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين
عند محمد رحمه الله وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع
به قال وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا
أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لأن حق التعلي
ليس بمال لأن المال ما يمكن إحرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب
حيث يجوز بيعه تبعا للأرض باتفاق الروايات ومفردا في رواية
وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن
بالإتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكرنا في كتاب الشرب قال

ويبيع الطريق

وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسألة تحتمل
وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فإن كان
الأول فوجه الفرق بين المسألتين أن الطريق معلوم لأن له طولا
وعرضا معلوما أما المسيل فمجهول لأنه لا يدرى قدر ما يشغله
من الماء وإن كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق
على إحداهما بينه وبين حق التسييل أن حق المرور معلوم لتعلقه
بمحل معلوم وهو الطريق أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى
الأرض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على
إحدى الروايتين أن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فأشبه المنافع
أما حق المرور فيتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبه الأعيان قال
ومن باع جارية فإذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما إذا باع كبشا فإذا
هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتني على الأصل الذي
ذكرناه في النكاح لمحمد وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفي
الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق
بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى
عبدا على أنه خباز فإذا هو كاتب وفي مسألتنا الذكر والأنثى من بني
آدم جنسان للتفاوت في الأغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب

بينهما وهو المعتبر في هذا دون الأصل كالدبس والخل جنسان والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل أن ينقد الثمن الأول لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي رحمه الله يجوز لأن الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع وغيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الأول أو بالزيادة أو بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة بئسما شريت واشتريت أبلغي زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب ولأن الثمن لم يدخل في ضمانه فإذا وصل إليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما إذا باع بالعرض لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة **قال** ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الأخرى لأنه لا بد أن يجعل بعض الثمن مقابلا بالتي لم يشترها منه فيكون مشتريا الأخرى بأقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لأنه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه أو لأنه باعتبار شبهة الربا أو لأنه طارئ

طارئ لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسري إلى غيرها **قال** ومن اشترى زيتا على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وإن اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز لأن الشرط الأول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة أرطال وقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري لأنه إن اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا وإن اعتبر اختلافا في الثمن فيرجع إلى اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري لأنه ينكر الزيادة **قال** وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر أو بشرائها ففعل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما أن الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز ولأبي حنيفة رحمه الله أن العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته وانتقال الملك إلى الآمر أمر حكمي فلا يمتنع بسبب الإسلام كما إذا ورثهما ثم إن كان خمرا يخللها وإن كان خنزيرا يسيبه ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد لأن هذا بيع وشرط وقد نهى

النبي عليه السلام عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه أن يقال
كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته
بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد
المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط
أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لأن فيه زيادة عارية عن العوض
فيؤدي الى الربوا ولأنه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد
عن مقصوده ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد
لا يفسده هو الظاهر من المذهب كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة
المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة
اذا ثبت هذا فنقول لهذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته
الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك
وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي رحمه الله وان كان يخالفنا في
العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرنا وتفسير
البيع نسمة أن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لا أن يشترط فيه فلو أعتقه
المشتري بعدما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لأن البيع قد
وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولأبي حنيفة أن شرط

العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه
لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع
بنقصان العيب فاذا تلف بوجه آخر لم يتحقق الملائمة فيتقرر
الفساد واذا وجد العتق تحققت الملائمة فيترجح جانب الجواز فكان
الحال قبل ذلك موقوفا **قال** وكذلك اذا باع عبدا على
أن يستخدمه البائع شهرا او دارا على أن يسكنها او على أن يقرضه المشتري
درهما او على أن يهدي له هدية لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة
لأحد المتعاقدين ولأنه عليه السلام نهى عن بيع وسلف ولأنه لو كانت الخدمة
والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون
اعارة في بيع وقد نهى النبي عليه السلام عن صفقتين في صفقة **قال** ومن
باع عينا على ان لا يسلمه الى رأس الشهر فالبيع فاسد لأن الأجل في المبيع العين
باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الأجل شرع ترفيها فيليق بالديون
دون الأعيان ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع والأصل أن ما لا يصح
افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه
بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها والاستثناء
يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة
والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير أن المفسد

في الكتابة ما يمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع
والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثنائه الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه
العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح
الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث
والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان
الميراث لا يجري فيها ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البايع ويخيطه
قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة
لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة على ما مر ومن اشترى نعلا
على ان يحذوه البايع او يشركه فالبيع فاسد قال رضي الله عنه ما ذكره
جواب القياس ووجهه ما بينا وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار
كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع والبيع الى النيروز والمهرجان
وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك
فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة
الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى
بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة فيه ولا يجوز
البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها
تتقدم وتتاخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة

في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضي الله
عنهم فيها ولانه معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين
بان يكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها
في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن
الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تاجيل في الدين وهذه الجهالة
فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل
بالشروط الفاسدة ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط
الاجل قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج
جاز البيع ايضا وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا
ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد
للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب
العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط
الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى
اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا
خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه
قال ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما
وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز

العبد وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد
بحصته من الثمن عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله فسد فيهما ومتروك
التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل
الأول إذ محلية البيع منتفية بالإضافة إلى الكل ولنا أن الفساد
بقدر المفسد فلا يتعدى إلى القن كمن جمع بين الأجنبية وأخته في النكاح
بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد لأنه مجهول ولو سمى فهو على الخلاف
وهو الفرق بين الفصلين أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلا لأنه
ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد
وهو شرط فاسد بخلاف النكاح لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة أما
البيع في هؤلاء موقوف فقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ
في عبد الغير بإجازته وفي المكاتب برضاه في الأصح وفي المدبر بقضاء
القاضي وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إلا أن
المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان
هذا إشارة إلى البقاء كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل
القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء
ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد منهما

فصل في أحكامه

قال وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد
عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي
لا يملكه وإن قبضه لأنه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولأن النهي
نسخ المشروعية للتضاد بينهما ولهذا لا يفيد قبل القبض وصار
كما إذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدراهم ولنا أن ركن البيع صدر
من أهله مضافا إلى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الأهلية
والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية
عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وإنما
المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وإنما لا يثبت الملك قبل القبض
كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور إذ هو واجب الرفع
بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى ولأن السبب قد
ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة
الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر
مثمنا فقد خرجناه وشيء آخر وهو أن في الخمر الواجب هو القيمة
وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط أن يكون القبض بإذن البائع وهو
الظاهر إلا أنه يكتفى بدلالته كما إذا قبضه في مجلس العقد بحضرته
هو الصحيح لأن البيع تسليط منه على القبض فإذا قبضه بحضرته
قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا

القبض الهبة في مجلس العقد بغير اذنه استحسانا وشرط ان يكون في
العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة
المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع
مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال
يلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا
لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى قال
ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض
ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض
اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد لشرط
زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم يتحقق
المراضاة في حق من له الشرط قال فان باعه المشتري نفذ
بيعه لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق
العبد الثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان
الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه
فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف
تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد
ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع قال

ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه
وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته
وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد
على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق
الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف
الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد
شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا قال وليس للبائع في البيع
الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير
محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي
الثمن لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته
كالراهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها
تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت
مستهلكة اخذ مثلها لما بينا قال ومن باع دارا بيعا فاسدا
فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رضي الله عنه رواه
يعقوب رحمه الله عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية
وقالا ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان
حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل

بالتأخير بخلاف حق البائع ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فأقوى
أولى وله أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من
جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لأنه لم
يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه
وشك يعقوب رحمه الله في حفظ الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقد نص
محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فإن حق الشفعة مبني على انقطاع
حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف ومن اشترى جارية بيعا فاسدا
وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن
والفرق أن الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح
والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها
فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد
الملك أما الخبث لعدم الملك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة
من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب
الحقيقة شبهة والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة
دون النازل عنها وكذلك إذا ادعى على آخر مالا فقضاه إياه ثم
تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له

الربح لأن الخبث لفساد الملك ههنا لأن الدين وجب بالتسمية ثم
استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين

فصل فيما يكره

قال ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن النجش وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره وقال
عليه السلام لا تناجشوا قال وعن السوم على سوم غيره قال
عليه السلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه
ولأن في ذلك إيحاشا وإضرارا وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ
ثمن في المساومة فأما إذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به
على ما نذكر وما ذكرناه محمل النهي في النكاح أيضا قال وعن تلقي
الجلب وهذا إذا كان يضر بأهل البلد فإن كان لا يضر فلا بأس به إلا إذا
لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر
قال وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عليه السلام لا يبيع
الحاضر للبادي وهذا إذا كان أهل البلد في قحط وعوز وهو أن يبيع
من أهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الإضرار بهم أما إذا لم
يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر قال والبيع عند أذان
الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه إخلال بواجب السعي على
بعض الوجوه وقد ذكرنا الأذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة قال

كل ذلك لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج
زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة قال ولا بأس ببيع من
يزيد وتفسيره ما بينا وقد صح ان النبي عليه السلام باع قدحا وحلسا ببيع
من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه نوع منه قال ومن ملك
مملوكين صغيرين احدهما ذو رحم محرم من الاخر لم يفرق بينهما و
كذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله عليه السلام من فرق بين
والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة ووهب النبي عليه
السلام لعلي رضي الله عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان
فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان
الصغير يستانس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع احدهما
قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد
اوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير
قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق
بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من
اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين له والاخر
لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع
احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع

الضرر عن غيره لا الاضرار به قال فان فرق كره له ذلك وجاز
العقد وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان
الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع
صدر من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام
وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص
وقد صح انه عليه السلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين

باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول
لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة
ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فان شرطا اكثر
منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان
الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا ان لا يمكن
جعله فسخا فيبطل هذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعند ابي يوسف
رحمه الله هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن
فيبطل وعند محمد رحمه الله هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل
بيعا الا ان لا يمكن فيبطل لمحمد رحمه الله ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه
يقال اقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو

البيع الجديد في أنه بيع في حق ثالث ولأبي يوسف رحمه الله أنه مبادلة المال
بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة
ويرد بالعيب ويثبت له الشفعة وهذه أحكام البيع ولأبي حنيفة
رحمه الله أن اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والأصل
إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه
عند تعذره لأنه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه
بيعا في حق الثالث أمر ضروري لأنه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك
لا مقتضى الصيغة إذ لا ولاية لهما على غيرهما إذا ثبت هذا فنقول إذا
شرط الأكثر فالإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة إذ
رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لأن الإقالة لا تبطل بالشروط
الفاسدة بخلاف البيع لأن الزيادة يمكن إثباتها في العقد فيتحقق الربوا
ولا يمكن إثباتها في الرفع وكذا إذا شرط الأقل لما بينا إلا أن يحدث
في المبيع عيب فحينئذ جازت الإقالة بالأقل لأن الحط يجعل بإزاء ما فات
بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لأن الأصل هو البيع عند
أبي يوسف وعند محمد رحمهما الله جعله بيعا ممكن فإذا زاد كان قاصدا
بهذا البيع وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف رحمه الله لأنه هو الأصل
عنده وعند محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الأول لأنه سكوت عن بعض الثمن

الأول ولو سكت عن الكل يكون فسخا فهذا أولى بخلاف ما إذا
زاد وإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بينا ولو أقال بغير جنس
الثمن الأول فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة رحمه الله ويجعل
التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا
فالإقالة باطلة لأن الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والإقالة
قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وكذا عند أبي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع وفي العقار
يكون بيعا عنده لإمكان البيع فإن بيع العقار قبل القبض جائز عنده
قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة وهلاك المبيع يمنع
صحتها لأن رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن
وإن هلك بعض المبيع جازت الإقالة في الباقي لقيام البيع فيه وإن
تقايضا تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما ولا تبطل بهلاك أحدهما
لأن كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا والله أعلم

باب المرابحة والتولية

المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح و
التولية نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة
ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة

الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة
يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه
بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان
مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح
ان النبي عليه السلام لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رضي الله
بعيرين فقال له عليه السلام ولني احدهما فقال هو لك بغير شيء
فقال اما بغير ثمن فلا قال ولا يصح المرابحة والتولية
حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة
وهي مجهولة ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك
البدل وقد باعه بربح درهم او شيء من المكيل الموصوف جاز
لانه يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه
باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال ويجوز ان
يضيف الى رأس المال اجرة القصار والصبغ والطراز و
والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء
برأس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته
يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته
يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان

ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق
الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجر الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في
العين والمعنى وبخلاف اجر التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه
وهو حذاقته فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار
عند ابي حنيفة رحمه الله ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان
اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رحمه الله
يحط فيهما وقال محمد رحمه الله يخير فيهما لمحمد رحمه الله ان الاعتبار
للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون
وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير لفواته ولابي يوسف
رحمه الله ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله
وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما
فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية قدر
الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة رحمه الله
انه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير
التصرف فيتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان
يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك قبل
ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة

لانه مجرد خيار والتقابلة بين الثمن كخيار الشرط والروية بخلاف
خيار العيب لانه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند
عجزه **قال** ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان
باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق
لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا يبيعه مرابحة على
الثمن الاخير صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم
اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة ولو
اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا
وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد
متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل
ثالث ولابي حنيفه رحمه الله ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة
لانه يتاكد به بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة
كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح
لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح
خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكد حصل بغيره **قال**
واذا اشترى العبد الماذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين
يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك

ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم
لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير
كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في
الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول **قال** واذا كان مع المضارب عشرة
دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر
فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا
عند عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله مع انه يشتري ماله بماله لما فيه من
استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه
شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني
عدما في حق نصف الربح **قال** ومن اشترى جارية فاعورت عنده
او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله
الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط
من الثمن شيء وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما لم ينقصها الوطء
وعن ابي يوسف رحمه الله في الفصل الاول انه لا يبيعه من غير بيان كما
اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله واما اذا فقا عينها بنفسه
او فقاها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا
بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء

من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ومن اشترى ثوبا فاصابه قرض
فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا
يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه **قال** ومن اشترى غلاما
بالف درهم نسية فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء
رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع الا يرى انه يزاد في الثمن
لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين
وباع احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن
مثل هذه الخيانة فان ظهرت تخير كما في العيب وان استهلكه ثم علم
لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن **قال**
فان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها
في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف
حالة لما ذكرنا وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرد القيمة ويسترد كل
الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد
الانفاق وسيأتيك من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل
فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم
معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان
الثمن حال **قال** ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري

بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع يعني في المجلس فهو
بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل
العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس
وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه اذا
علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار
الرؤية

فصل فيما ينقل ويحول

ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول
لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه
غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث
واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله
في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر
المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز
والاجارة قيل على هذا الخلاف **قال** ومن اشترى مكيلا
مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري
منه ان يبيعه ولا ان ياكله حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي عليه السلام
نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري
ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير

حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له
وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف
في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة
المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد
البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع
معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري
فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح
انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم
ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم ان شاء الله تعالى
ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال
الربوا وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا تحل الزيادة
على المشروط قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام
المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين
بخلاف المبيع قال ويجوز للبائع ان يزيد المبيع ويجوز للمشتري
ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز ان يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع
ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد وعند زفر والشافعي
رحمهما الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما

انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل
العقد وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه
فصار برا مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من
وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه خاسرا او رابحا او عدلا
ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير فصار كما اذا اسقطا
الخيار او شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد لان وصف الشيء
يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه
فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر
حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر
على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى ياخذ بما بقي في الحط وانما كان للشفيع
ان ياخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا
يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع
لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط
لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا
قال ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان
الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا ترى انه يملك ابراءه مطلقا
فكذا مؤقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب

البيع الجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز بمنزلة الكفالة
وقد ذكرناه من قبل قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه
صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تأجيله لا يصح لانه اعارة
وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع
كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم
التأجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح
لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا وهذا بخلاف ما اذا اوصى
ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه
ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى
فيلزم حقا للموصى

باب الربا

قال الربا محرم في كل مكيل او موزون بيع بجنسه متفاضلا فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن
مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث
المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل
ربا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة
على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول
بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القايسين لكن العلة
عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان و

والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على
شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة
في النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار العزة والخطر وهو الطعم لبقاء
الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر
للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط
ولنا انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا
لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس
عن التوى او تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربا والمماثلة
بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية
تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل
المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا
يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان في اعتباره سد باب البياعات
او لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من اعظم
وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها
دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل
او الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو
المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي

في الذهب بالذهب وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا
يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في
الوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة
بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف
وعند الشافعي رحمه الله العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم
وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو
تبايعا مكايلا او موازنا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد
لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية
قال واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل
والنسا لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل
والنسا لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النسا
مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين
وحرمة النسا باحدهما وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النسا
لان بالنقدية وعدمها تثبت شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه
حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربوا من وجه نظرا
الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في المالية فتتحقق شبهة الربوا وهي
مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما

الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامنا
وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين
بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي
الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما
القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة
وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو
مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح
وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة
لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه
فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر
العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة
وكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها
متساويا وزنا او الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا
ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام
في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم قال وكل ما ينسب
الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن
حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف ساير المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع

مكيال لا يعرف فوزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة

قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في

المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء ومعناه يدا بيد وسنبين

الفقه في الصرف إن شاء الله تعالى قال وما سواه مما فيه

الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي رحمه الله في بيع

الطعام بالطعام له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد ولأنه

إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فتثبت شبهة الربوا ولنا أنه

مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لأن الفائدة المطلوبة

إنما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لأن

القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين وكذا رواه

عبادة بن الصامت رضي الله عنه وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المالية

عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين

والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي

رحمه الله يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما

عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لأن الثمنية

تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما وإذا بقيت أثمانا لا تتعين فصار كما

إذا كانا بغير أعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما أن الثمنية في حقهما

تثبت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما وإذا بطلت

الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد إذ في نقضه

في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لأنها للثمنية

خلقة وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما لأنه كالئ بكالئ وقد نهي عنه

وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه لأن الجنس بانفراده يحرم النساء ولا

يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لأن المجانسة باقية من وجه لأنهما

من أجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين

الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وإن كان كيلا بكيل

ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز

عند أبي حنيفة رحمه الله متفاضلا ولا متساويا لأنه لا يجوز بيع الدقيق

بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع أجزائهما لقيام المجانسة من وجه

وعندهما يجوز لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو

التغذي يشملهما فلا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة

بالمسوسة قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف

رحمهما الله وقال محمد رحمه الله إذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز إلا إذا كان

اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط

إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة

يعتبره في الحال وكذا ابو يوسف رحمه الله عملا باطلاق الحديث
الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه ووجه
الفرق لمحمد بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيما
يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عليه عقد عليها العقد وفي
الرطب بالتمر مع بقاء احدهما في ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود
عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن
تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز
لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد
لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما تنعقد صورته لا قبله
والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة

قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الدهن
والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة
بالثجير لان عند ذلك يعرى عن الربا اذ ما فيه من الدهن موزون
وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له فالثجير وبعض الدهن او
الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربا والشبهة
فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر
بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن

اللحم وصار كالخل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان
الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه
مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسألة لان الوزن في الحال يعرف
قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير قال
ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز
لقوله عليه السلام حين سئل عنه او ينقص اذا جف فقيل نعم فقال
عليه السلام لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه السلام حين اهدي
اليه رطبا أوكل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان
تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فباخره وهو قوله
عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما رويناه على
زيد بن عياش رضي الله عنه وهو ضعيف عند النقلة قال وكذلك
العنب بالزبيب يعني على الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق
اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا
عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها
او باليابسة او التمر او الزبيب المنقع بالمنقع او بغير المنقع منهما
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز
جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المآل وابو حنيفة

يجوز كيف ما كان بالاجماع قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها
ببعض متفاضلا ومراده لحم البقر والابل والغنم اما البقر والجواميس
وكذا المعز مع الضأن وكذا العراب مع البخاتي قال وكذا البان
البقر والغنم وعن الشافعي رحمه الله انها جنس واحد لاتحاد المقصود
ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالاخر في الزكوة و
فكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة قال وكذا خل الدقل بخل
العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا ما بين مائيهما ولهذا كان عصيراهما
جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد قال
وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور
والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق
متفاضلا لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل
وجه والحنطة مكيلة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا خير فيه والفتوى على
الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا
وان كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف رحمه الله وعليه الفتوى وكذا
السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا او وزنا عند
ابي حنيفة رحمه الله لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر
وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز وزنا

41—48

Boş Numara

ولا يجوز عدداً للتفاوت في آحاده قال ولا ربا بين المولى وعبده

لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا وهذا اذا كان مأذوناً له

ولم يكن عليه دين فان كان عليه دين لا يجوز لأن ما في يده ليس ملك المولى

عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربا

كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال ولا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب

خلافاً لابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا

ولنا قوله عليه السلام لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولأن مالهم

مباح في دارهم فبأي طريق اخذه المسلم اخذ مالاً مباحاً اذا لم يكن فيه

غدر بخلاف المستأمن منهم لأن ماله صار محظوراً بعقد الامان

باب الحقوق

ومن اشترى منزلاً فوقه

منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل

وكثير هو له فيه او منه ومن اشترى بيتاً فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن

اشترى داراً بحدودها فله العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار

فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما أدير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل

واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون

تبعاً لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه

يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب

فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت
لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل مسكن يسمى
خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه
من توابعه ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي حنيفه رحمه الله لانه مبني
على هوا الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل
من غير ذكر شي مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف ومن اشترى بيتا
في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له
او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود
الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع
ولا يتحقق الا به اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجره فيدخل
تحصيلا للفايدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري
عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفايدة والله اعلم

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها
وولدها وان اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة
حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان
متصلا بها فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة

صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له
ثم قيل يدخل الولد في القضا بالام تبعا وقيل يشترط القضا بالولد واليه
تشير المسايل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوايد قال محمد رحمه الله لا
يدخل الزوايد في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم
بالام تبعا قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري
اشترني فاني عبد فان كان البايع حاضرا او غايبا غيبة معروفة لم يكن على
العبد شي وان كان البايع لا يدري اين هو رجع المشتري على العبد ورجع
هو على البايع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على
كل حال وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او
بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك
او قال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشرى
معتمدا على امره واقراره اني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر
بالشرى ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البايع دفعا للغرور والضرر
ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر
به ضمانا بل هو وثيقة الاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف
والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي
لانه لا يعبا بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا عبدي

هذا فإني قد أذنت له ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته ثم وضع
المسألة ضرب إشكال على ترتيب أبي حنيفة رحمه الله لأن الدعوى شرط
في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل إن كان الوضع
في حرية الأصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج
الأم وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وإن كان
الوضع في الإعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة
تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الإعتاق
قبل الكتابة ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي
في يده على مائة درهم فاستحقت الدار إلا ذراعا منها لم يرجع بشيء لأن للمدعي
أن يقول دعواي في هذا الباقي وإن ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم
فاستحق منها شيء رجع بحسابه لأن التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله
عند فوات سلامة المبدل ودلت المسألة على أن الصلح عن المجهول على معلوم
جائز لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضي إلى المنازعة

فصل في بيع الفضولي

قال ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء
فسخ وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية
لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية
ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله في محله فوجب القول بانعقاده إذ

لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشتري
وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء
وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف
وإن الإذن ثابت دلالة لأن العاقل يأذن في التصرف النافع قال
وله الإجازة إذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لأن
الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود
عليه وإذا أجاز المالك كان الثمن مملوكا له أمانة في يده بمنزلة الوكيل
لأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي أن يفسخ قبل
الإجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لأنه
معبر محض هذا إذا كان الثمن دينا فإن كان عرضا معينا إنما تصح الإجازة
إذا كان العرض باقيا أيضا ثم الإجازة إجازة نقد لا إجازة عقد
حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع إن كان مثليا
أو قيمته إن لم يكن مثليا لأنه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الإجازة
ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث في الفصلين لأنه توقف على إجازة
المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال
المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف رحمه الله أولا وهو قول محمد رحمه الله لأن
الأصل بقاؤه ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال لا يصح حتى يعلم قيامه

عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك قال
ومن غصب عبدا فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز
استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
لا يجوز لأنه لا عتق بدون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما
لا يملكه ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت
مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للإعتاق الملك
الكامل لما روينا ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان
ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع وكذا لا يصح بيع
المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه أسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب
إذا أدى الضمان وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا
أدى الضمان ولهما أن الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع
لإفادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف مرتبا عليه وينفذ بنفاذه
وصار كإعتاق المشتري من الراهن وكإعتاق الوارث عبدا من التركة
وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف
إعتاق الغاصب بنفسه لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك وبخلاف
ما إذا كان في البيع خيار البائع لأنه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع
انعقاده في حق الحكم أصلا وبخلاف المشتري من الغاصب إذا باع لأن

٥٢

لأن بالإجازة يثبت للبائع ملك بات فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره
أبطله وأما إذا أدى الغاصب الضمان ينفذ إعتاق المشتري منه
كذا ذكره هلال وهو الأصح قال فإن قطعت يد العبد فأخذ
أرشها ثم أجاز المولى البيع فالأرش للمشتري لأن الملك قد تم له من وقت الشراء
فتبين أن القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد رحمه الله والعذر له
أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الأرش كالمكاتب إذا قطعت يده وأخذ الأرش
ثم رد في الرق يكون للمولى وكذا إذا قطعت يد المشتري في يد المشتري
والخيار للبائع ثم أجيز البيع فالأرش للمشتري بخلاف الإعتاق على ما مر ويتصدق
بما زاد على نصف الثمن لأنه لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك قال
فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما
ذكرنا ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول
والبيع يفسد به بخلاف الإعتاق عندهما لأنه لا يؤثر فيه الغرر قال
فإن لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز لما ذكرنا أن
الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل
إذ لا يمكن إيجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لأنه
لم يكن للمشتري عند القتل ملك يقابل بالبدل فتتحقق الفوات بخلاف البيع
الصحيح لأن ملك المشتري ثابت فأمكن إيجاب البدل له فيكون المبيع قائما

بقيام خلفه **قال** ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري البينة
على اقرار البائع او رب العبد انه لم يأمر بالبيع واراد رد المبيع لم تقبل بينته
للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشرى اقرار منه بصحته والبينة مبنية على
صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري
ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق
الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري **قال** رضي الله عنه وذكر
في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار
البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسألة في يد المشتري وفي
تلك في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما
للمشتري **قال** ومن باع دار رجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن
البائع عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله آخرا وكان يقول
اولا يضمن البائع وهو قول محمد رحمه الله وهي مسألة غصب العقار وسنبينه في الغصب
ان شاء الله تعالى

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضي
الله عنه اشهد ان الله تعالى احل السلف المضمون وانزل فيها اطول
آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى الآية وبالسنة وهو ما روي
انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس

وان كان القياس يأباه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس
انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه **قال** وهو جائز في
المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم
في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات
غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون
مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا
بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة
في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا
العقد فيه ولا يمكن **قال** وكذا في المذروعات لانه يمكن
ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة
فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت
كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف
مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير فيه سواء باصطلاح
الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت
آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي
المتفاوت وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في بيض النعامة
لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا

وقال زفر رحمه الله لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه
انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار معلوم يعرف بالعد
وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما
وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانها اثمان ولنا ان الثمنية في حقهما
باصطلاحهما فلا يعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل ولا يجوز السلم
في الحيوان وقال الشافعي رحمه الله يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس
والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب
ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار
المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع
العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح
ان النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه
حتى العصافير قال ولا في اطرافه كالرؤوس والاكارع للتفاوت
اذ هو عددي لا مقدر لها قال ولا في الجلود عددا ولا في
الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين
طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت
قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين

العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا
عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي
رحمه الله يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم
حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها
ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة
الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار
ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح
والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل
القبض قال ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما
لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع
ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت ولا خير في السلم في السمك
الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء
حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما
ذكرنا وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي
تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده قال ولا خير في السلم
في اللحم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا وصف من اللحم موضعا
معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا

يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربوا الفضل
بخلاف لحم الطيور لأنه لا يمكن وصف موضع منه وله أنه مجهول
للتفاوت في قلة العظم وكثرته أو في سمنه وهزاله على اختلاف فصول
السنة وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز
على الوجه الثاني وهو الأصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض
وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة ولأن القبض يعاين فيعرف
مثل المقبوض به أما الوصف فلا يكتفى به قال ولا يجوز السلم
إلا مؤجلا وقال الشافعي يجوز حالا لإطلاق الحديث ورخص في السلم
ولنا قوله عليه السلام إلى أجل معلوم فيما روينا ولأنه شرع رخصة دفعا
لحاجة المفاليس فلا بد من الأجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان
قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي قال
ولا يجوز إلا بأجل معلوم لما روينا ولأن الجهالة فيه مفضية إلى المنازعة
كما في البيع والأجل أدناه شهر وقيل ثلاثة أيام وقيل أكثر من نصف يوم
والأول أصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه
معناه إذا لم يعرف مقداره لأنه تأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي
إلى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض
ولا ينبسط كالقصاع مثلا فإن كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب

والجراب لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن أبي يوسف
رحمه الله قال ولا في طعام قرية بعينها أو ثمرة نخلة
بعينها لأنه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم وإليه أشار عليه
السلام حيث قال أرأيت لو أذهب الله الثمر بم يستحل أحدكم
مال أخيه ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس به على
ما قالوا كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة قال
ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله إلا بسبع شرائط جنس
معلوم كقولنا حنطة أو شعير ونوع معلوم كقولنا سقية أو بخسية
وصفة معلومة كقولنا جيد أو رديء ومقدار معلوم كقولنا كذا
كيلا بمكيال معروف أو كذا وزنا وأجل معلوم والأصل فيه ما روينا
والفقه فيه ما بينا ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان يتعلق العقد
على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه
فيه إذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا
كان معينا ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد
فهاتان مسألتان ولهما في الأولى أن المقصود يحصل بالإشارة
فأشبه الثمن والأجرة وصار كالثوب وله أنه ربما يوجد

بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم
بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد راس
المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف
ما اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد
على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين راس مال كل
واحد او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية ان مكان
العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان
آخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر وصار كالقرض
والغصب ولابي حنيفة ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف
القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان
قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة
الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ رحمهم الله ان الاختلاف
فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان
قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة
وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل
ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا

وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله وعندهما يتعين
مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء قال وما
لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع
لانه لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه قال رضي الله
عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات
يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح ان الاماكن كلها سواء ولا وجوب
في الحال ولو عينا مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل انه يفيد سقوط
خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين
اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال ولا يصح السلم
حتى يقبض راس المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه
افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عليه السلام عن الكالئ بالكالئ
وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل بآجل اذ الاسلام والاسلاف
ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم
ولانه لا بد من تسليم راس المال ليتقلب المسلم اليه فيقدر على التسليم
ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما
لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا
لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه

لانه لا يمنع القبض ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق
وراس المال قايم جاز خلافا لزفر رحمه الله وقد مر نظيره
وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام راس المال وتعجيله
واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة
على تحصيله فان اسلم مايتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على
المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات
القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرايطه ولا يشيع الفساد
لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد راس
المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان
الدين لا يتعين في البيع الا يرى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا
ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا قال ولا يجوز
التصرف في راس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول
فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم
فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا تجوز الشركة و
التولية في مسلم فيه لانه تصرف فيه فان تقايلا السلم لم يكن له ان
يشتري من المسلم اليه براس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه
السلام لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ

اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة
بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه
فجعل راس المال مبيعا لانه دين مثله الا انه لا يجب قبضه في المجلس
لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر رحمه الله و
الحجة عليه ما ذكرنا قال ومن اسلم في كر فلما حل الاجل
اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء
لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له
ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد
من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه
صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا
لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين
حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو الاستبدال فيتحقق البيع
بعد الشرى وان لم يكن سلما وكان قرضا فامر بقبض الكر جاز لان
القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظة الاعارة فكان المردود عين
الماخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع صفقتان قال ومن اسلم
في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غراير رب السلم ففعل وهو
غايب لم يكن قضاء لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر

لأن حقه في الدين دون العين فصار المسلم إليه مستعيرا للغرائر
منه ولم يجعل ملك نفسه فيها فصار المسلم كما لو كان عليه دراهم
دين فدفع إليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت
الحنطة مشتراة والمسألة بحالها صار قابضا لأن الأمر قد صح
حيث صادف ملكه لأنه ملك العين بالبيع ألا يرى أنه لو أمره بالطحن
كان الطحين في السلم للمسلم إليه وفي الشرى للمشتري لصحة الأمر
وكذا إذا أمره أن يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم
إليه وفي الشرى من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا وصار مكتفى
بذلك الكيل في الشرى في الصحيح لأنه نائب عنه في الكيل والقبض
بالوقوع في غرائر المشتري ولو أمره في الشرى أن يكيله في غرائر
البائع ففعل لم يصر قابضا لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلا يصير الغرائر
في يده فكذا ما يقع فيه فصار كما لو أمره أن يكيله ويعزله في ناحية من
بيت البائع لأن البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا
ولو اجتمع العين والدين والغرائر للمشتري إن بدأ بالعين صار
قابضا أما العين فلصحة الأمر وأما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله
يصير قابضا كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه
وكمن دفع إلى صائغ خاتما وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار

ثم وإن بدأ بالدين لم يصر قابضا أما الدين فلعدم صحة
الأمر وأما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا
عند أبي حنيفة رضي الله عنه فينتقض البيع وهذا الخلط غير
مرضي به من جهته لجواز أن يكون مراده البداية بالعين وعندهما
هو بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء شاركه في المخلوط لأن الخلط
ليس باستهلاك عندهما قال ومن أسلم جارية في كر حنطة
وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها
يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لأن صحة الإقالة
تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود
عليه إنما هو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقائه وإذا جاز ابتداء
أولى أن يبقى انتهاء لأن البقاء أسهل وإذا انفسخ العقد في المسلم فيه
انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب رد قيمتها
ولو اشترى جارية بألف ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الإقالة
ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة لأن المعقود عليه في البيع إنما
هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداء ولا تبقى
انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح
الإقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين لأن كل واحد منهما

قال ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة فقال
المسلم اليه شرطت لك رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول
قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكار الصحة لان
المسلم فيه يربو على راس المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب ان
يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يدعي
الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه
لانه منكر وان انكر الصحة وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى
ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له
اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقا
له وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد
فلا يعتبر النفع في رد راس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه
القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وان
انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف
الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح
فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند
ابي حنيفة رحمه الله القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا
على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسئلة المضاربة

المضاربة لانه ليس بلازم فلم يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى
استحقاق الربح اما السلم لازم فصار الاصل ان من خرج كلامه
تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق
على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر
وان انكر الصحة قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين
طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا
وان كان ثوب حرير لا بد له من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه
ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا
وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن
ولا باس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما لانه عددي
متقارب لا سيما اذا سمى الملبن قال وكل ما امكن ضبط
صفته ومعرفة مقداره جاز فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا يضبط
صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون الوصف
يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا باس بالسلم في طست وقمقمة
او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف لاستجماع شرائط السلم
وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول قال وان
استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت

بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز
بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين
دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته او من صنعته
قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع
قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال وهو
بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره ولا
خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح وعن ابي حنيفة رحمه الله
ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو
قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا خيار لهما
اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له
اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه
كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه
بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل
فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة
للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما
لا تعامل فيه لان ذلك استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي
حنيفة رحمه الله انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه

فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى

مسائل منثورة

قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع
المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف رحمه الله انه
لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي
وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل
وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع
الكلب الا كلب صيد او ماشية ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان
مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث
محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين
ولو سلم فيحرم التناول دون البيع قال ولا يجوز بيع الخمر
والخنزير لقوله عليه السلام فيه ان الذي حرم شربها حرم بيعها
واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه قال واهل
الذمة في المبايعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث
فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون
محتاجون كالمسلمين قال الا في الخمر والخنزير خاصة فان
عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير

كعقد المسلم على الشاة لأنها أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا أن
نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رضي الله عنه ولوهم
بيعها وخذوا العشر من أثمانها قال ومن قال لغيره بع
عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن
سوى الألف فالبيع جائز ويأخذ الألف من المشتري والخمسمائة
من الضامن وإن كان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على
الضمين وأصله أن الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق
بأصل العقد خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لأنه تغيير للعقد من
وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه عدلا أو خاسرا أو رابحا ثم قد لا يستفيد
المشتري بها شيئا بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها
فيصح اشتراطها على الأجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة
تسمية وصورة فإذا قال من الثمن وجد شرطه فيصح وإذا لم
يوجد فلم يصح قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها
حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية
وهو الملك في الرقبة على الكمال وهذا قبض لأن وطء الزوج حصل
بتسليط من جهته فصار فعله كفعله وإن لم يطأها فليس بقبض
والقياس أن يصير قابضا لأنه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي صح

وجه الاستحسان أن في التعييب الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا
ولا كذلك الحكمي فافترقا قال ومن اشترى عبدا فغاب
وأقام البائع البينة أنه باعه إياه ولم يقبض الثمن فإن كانت غيبته
معروفة لم يبع في دين البائع لأنه يمكن البائع الوصول إلى حقه بدون
البيع وفيه إبطال حق المشتري وإن لم يدر أين هو بيع العبد وأوفي الثمن
لأن ملك المشتري ظهر بإقراره فيظهر على الوجه الذي أقر به مشغولا بحقه
فإذا تعذر استيفاؤه يبيعه القاضي فيه كالراهن إذا مات والمشتري
إذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لأن حقه
لم يبق متعلقا به ثم إن فضل شيء يمسك للمشتري لأنه بدل حقه وإن
نقص يتبع هو أيضا فإن كان المشتري اثنين فغاب أحدهما
فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه فإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد
شريكه الثمن وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف
إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه وكان متطوعا بما أدى
عن صاحبه لأنه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجنبي
عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما أنه مضطر فيه لأنه لا يمكنه الانتفاع
بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن لأن البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء
منه والمضطر يرجع كمعير الرهن وإذا كان له أن يرجع عليه كان له الحبس عنه

الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه

قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما

قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسها فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له

قال واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض لانه اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك

فصار

فصار كمن نصب شبكة للجفاف وكما اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء والله اعلم

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل رحمه الله ومنه سميت العبادة النافلة صرفا

قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفت في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث وقال جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع

قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الاخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا ولان احدهما ليس باولى من الاخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ

او التعيين لان لا مضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ما روينا
والثاني ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط
قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا
عن المجلس معا في جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف
لقول ابن عمر رضي الله عنه وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر
ما ذكرنا في قبض راس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض
وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض
لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء فان افترقا
في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات الشرط
ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يستحق
القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في
المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره خلافا لزفر ولا يجوز
التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض
العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق
بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل
عن زفر رحمه الله لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا
نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد منه ولا شيء سوى الثمنين

64 — 65

Boş Numara

رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما إلى الآخر انبساط
الأزواج كما إذا رأى عيانا يدخل عليه ومن شهد أنه شهد دفن
فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر
الاستثناء في الكتاب على هذه الأشياء ينفي اعتبار التسامع في الولاء و
والوقف وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز في الولاء لأنه بمنزلة النسب
وعن محمد رحمه الله أنه يجوز في الوقف لأنه يبقى على مر الأعصار
إلا أنا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة
فكذا فيما يبتنى عليه وأما الوقف فالصحيح أنه تقبل الشهادة بالتسامع
في أصله دون شرائطه لأن أصله هو الذي يشتهر قال
ومن كان في يده شيء سوى العبد والأمة وسعك أن تشهد أنه له لأن
اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب
كلها فيكتفى بها وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك أن يقع
في قلبه أنه له قالوا ويحتمل أن يكون هذا تفسيرا لإطلاق محمد
رحمه الله في الرواية وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد
مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا رحمهم الله لأن اليد متنوعة
إلى إنابة وملك قلنا والتصرف يتنوع أيضا إلى نيابة وأصالة ثم
إن عاين المالك والملك حل له أن يشهد وكذا إذا عاين الملك

بحدوده دون الملك استحسانا لأن النسب يثبت بالتسامع وإن
لم يعاينهما أو عاين المالك دون الملك لا يحل وأما العبد والأمة
إن كان يعرف أنهما رقيقان فكذلك لأن الرقيق لا يكون في يد
نفسه وإن كان لا يعرف أنهما رقيقان إلا أنهما صغيران لا يعبران
عن أنفسهما فكذلك لأنه لا يد لهما وإن كانا كبيرين فذلك مصرف
الاستثناء لأن لهما يدا على أنفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل
الملك وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يحل أن يشهد فيهما أيضا اعتبارا
بالثياب والفرق ما بيناه

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل شهادة الأعمى وقال زفر رحمه الله وهو رواية
عن أبي حنيفة رحمه الله تقبل فيما يجري فيه التسامع لأن الحاجة
فيه إلى السماع ولا خلل فيه وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله
يجوز إذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والأداء
يختص بالقول ولسانه غير موؤف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة
على الميت ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له
والمشهود عليه ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز
عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر
وصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الأداء يمتنع القضاء

عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيام اهلية الشهادة شرط
وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا خرس او
جن او فسق بخلاف ما اذا ماتا او غابا لان الاهلية بالموت
انتهت وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك لان الشهادة
من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا يثبت له الولاية على
غيره قال ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى
ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا
فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان
الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي رحمه الله
تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب
قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون
او هو استثناء منقطع بمعنى لكن ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم
تقبل شهادته لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد
وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم
اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق
قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد
لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد

لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته
ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره
ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز اداء
الزكوة اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه
التهمة قال رضي الله عنه والمراد بالأجير على ما قالوا التلميذ
الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه
وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل
المراد الأجير مسانهة او مشاهرة فيستوجب الأجر بمنافعه
عند اداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها قال ولا تقبل
شهادة أحد الزوجين للآخر وقال الشافعي تقبل لأن الأملاك
بينهما متميزة والأيدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس
بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم
اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا ولأن الانتفاع متصل عادة
وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما
بخلاف شهادة الغريم لأنه لا ولاية له على المشهود به قال
ولا شهادة المولى لعبده لأنه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم
يكن على العبد دين او من وجه ان كان عليه دين لأن الحال

موقوف مراعى قال ولا المكاتب لما تلونا ولا شهادة الشريك
لشريكه فيما هو من شركتهما لأنه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما
ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال وتقبل
شهادة الرجل لأخيه وعمه لانعدام التهمة لأن الأملاك ومنافعها
متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال ولا تقبل شهادة
المخنث ومراده المخنث الذي في الردي من الأفعال لأنه فاسق فأما الذي
في كلامه لين وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة قال
ولا نائحة ولا مغنية لأنهما يرتكبان محرما فإنه عليه السلام نهى عن
الصوتين الأحمقين النائحة والمغنية قال ولا مدمن الشرب
على اللهو لأنه ارتكب محرم دينه ولا من يلعب بالطيور لأنه يورث
غفلة ولأنه قد يقف على عورات النساء بصعوده سطحه ليطير
طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني
قال ولا من يغني للناس لأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة قال
ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق قال
ولا من يدخل الحمام من غير مئزر لأن كشف العورة حرام قال
او يأكل الربوا او يقامر بالنرد والشطرنج لأن كل ذلك من الكبائر
وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فأما مجرد اللعب بالشطرنج

فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغاً وشرط في الاصل ان يكون آكل الربا مشهوراً به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا قال ولا من يفعل الافعال المستخفة كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه تارك للمروة واذا كان لا يستحي من مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه فصار كمن يشرب المثلث او ياكل متروك التسمية عامداً مستبيحاً لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة في شهادتهم قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ما روي ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم

على بعض ولانه من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به المستأمن والله اعلم لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى حالاً منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة فان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستأمن قال وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة اذ لا بد من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكر فاما الالمام بمعصية لا تنقدح به العدالة المشروطة ولا ترد به الشهادة المشروعة

إلا إذا اعتبر اجتنابه الكل فيتسد بابه وهو مفتوح إحياء للحقوق
قال وتقبل شهادة الأقلف لأنه لا يخل بالعدالة إلا إذا تركه
استخفافا بالدين لأنه لم يبق بهذا الصنيع عدلا قال والخصي
لأن عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولأنه قطع
عضو منه ظلما فصار كما إذا قطعت يده قال وولد الزنا لأن
فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وقال مالك لا تقبل في
الزنا لأنه يحب أن يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار
ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال وشهادة الخنثى
جائزة لأنه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال
وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ
رحمهم الله لأن نفس العمل ليس بفسق إلا إذا كانوا أعوانا على الظلم
وقيل العامل إذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه
تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف رحمه الله في الفاسق لأنه لوجاهته
لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة
الكاذبة قال وإذا شهد رجلان أن أباهما أوصى إلى فلان والوصي
يدعي فهو جائز استحسانا وإن أنكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وإن
ادعى وعلى هذا إذا شهد الموصى لهما بذلك أو غريمان لهما على الميت

أو للميت عليهما دين أو شهد الوصيان أنه أوصى إلى هذا الرجل
معهما وجه القياس أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة إليه وجه
الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي إذا كان طالبا والموت
معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا أن يثبت
بها شيء فصار كالقرعة والوصيان إذا أقرا أن معهما ثالثا يملك
القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف
ما إذا أنكرا ولم يعرف الموت لأنه ليس له ولاية نصب الوصي فتكون
الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة
وإن لم يكن الموت معروفا لأنهما يقران على أنفسهما فيثبت الموت
باعترافهما في حقهما وإن شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض
ديونه بالكوفة فادعى الوكيل أو أنكر لم تقبل شهادتهما لأن القاضي
لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت إنما يثبت بشهادتهما
وهي غير موجبة لمكان التهمة قال ولا يسمع القاضي الشهادة
على جرح ولا يحكم بذلك لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لأن
له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الإلزام ولأن فيه هتك الستر والستر
واجب إلا إذا شهدوا على إقرار المدعي بذلك لأن الإقرار مما
يدخل تحت الحكم قال ولو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي

استأجر الشهود لم تقبل لأنه شهادة على جرح مجرد والاستئجار وإن كان
أمرا زائدا عليه فلا خصم في إثباته ولو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي
استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة
من مالي الذي كان في يده تقبل لأنه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه
وكذا لو أقامها أني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته إليهم
على أن لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك
المال ولهذا قلنا إنه لو أقام البينة أن الشاهد عبد أو محدود في قذف
أو شارب خمر أو قاذف أو شريك المدعي تقبل قال ومن شهد
ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي فإن كان عدلا جازت شهادته
ومعنى قوله أوهمت أي أخطأت بنسيان ما كان يحق عليه ذكره أو بزيادة
كانت باطلة ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء
فكان العذر واضحا فتقبل إذا تداركه في أوانه وهو عدل بخلاف ما
إذا قام عن المجلس ثم عاد وقال أوهمت لأنه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس
وخيانة فوجب الاحتياط ولأن المجلس إذا اتحد لحق الملحق بأصل الشهادة
فصار ككلام واحد ولا كذلك إذا اختلف وعلى هذا إذا وقع الغلط
في بعض الحدود أو في بعض النسب وهذا إذا كان موضع شبهة فأما إذا
لم يكن فلا بأس بإعادة الكلام أصلا مثل أن يدع لفظة الشهادة

وما يجري مجرى ذلك وإن قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا وعن أبي حنيفة وأبي
يوسف رحمهما الله أنه يقبل قوله في غير المجلس إذا كان عدلا والظاهر
ما ذكرناه

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت وإن خالفتها لم تقبل
لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت
فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها قال ويعتبر اتفاق الشاهدين
في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة رحمه الله فإن شهد أحدهما بألف والآخر
بألفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي
الألفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث
لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت
ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما وصار كالألف والألف وخمسمائة
ولأبي حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى
لأنه يستفاد باللفظ وهذا لأن الألف لا يعبر به عن الألفين بل هما
جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما إذا اختلف
جنس المال قال وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة
والمدعي يدعي ألفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين
عليها لفظا ومعنى لأن الألف والخمسمائة جملتان عطفت إحداهما

على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف
والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما
حرف العطف فهو نظير الالف والالفين وان قال المدعي لم يكن الا الالف
فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود
به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من
التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة
او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه قال واذا شهدا بالف وقال
احدهما قضاه خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع
قوله قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف
رحمه الله انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان
لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال وينبغي للشاهد اذا علم بذلك
ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم
وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما
انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما
بالقضاء على ما بيناه وذكر الطحاوي عن اصحابنا رحمهم الله انه لا تقبل
وهو قول زفر رحمه الله لان المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا هذا
اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قال

واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران انه
قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين
لان احداهما كاذبة وليست احداهما باولى من الاخرى فان سبقت
احداهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت
باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية قال واذا شهدا
على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال احدهما بقرة
وقال الآخر ثور لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يقطع
في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة
لا في السواد والبياض وقيل الاختلاف في جميع الالوان لهما ان السرقة
في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار
كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم وصار كالذكورة والانوثة وله ان
التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان
فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا الآخر
يشاهده بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة
والانوثة لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه
فلا تشتبه قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان
بالف وشهد آخر انه اشتراه بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان

المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف
المشهود به فلم يتم العدد على كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه
وكذلك اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين ان يدعي المدعي اقل
المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد وان
كان المدعي هو العبد فظاهر وكذلك ان كان هو المولى لان
العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذلك الخلع
والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعي هو المراة والعبد
والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كان
الدعوى من الجانب الآخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه
لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى
في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لانه لا حظ له في
الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى
الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان
بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين قال فاما
النكاح فانه يجوز بالالف استحسانا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي
حنيفة رحمهما الله لهما ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين

٧٤

74 — 78

Boş Numara

قال ويقول أشهد أنه باع ولا يقول أشهدني لأنه كذب ولو سمع
من وراء الحجاب لا يجوز له أن يشهد ولو فسّر للقاضي لا يقبله لأن
النغمة تشبه النغمة إلا إذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد
سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع إقرار الداخل
ولا يراه لأنه يحصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا يشهد بحكمه بنفسه مثل
الشهادة على الشهادة فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجز له أن
يشهد على شهادته إلا أن يشهده عليها لأن الشهادة غير موجبة بنفسها
وإنما تصير موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء فلا بد من الإنابة والتحميل
ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع
أن يشهد لأنه ما حمّله وإنما حمّل غيره قال ولا يحل للشاهد إذا رأى
خطه أن يشهد إلا أن يتذكر الشهادة لأن الخط يشبه الخط فلم
يحصل العلم قيل هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له أن يشهد
وقيل هذا بالاتفاق وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضي
شهادة في ديوانه أو قضيته لأن ما يكون في قمطره فهو تحت
ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم
ولا كذلك الشهادة في الصك لأنه في يد غيره وعلى هذا إذا
ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة وأخبره قوم ممن يثق به

انا نجدنا نحن وانت قال ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه
إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسعه
أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به والقياس أن
لا تجوز لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم
يحصل وصار كالبيع وجه الاستحسان أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها
خواص من الناس ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون
فلو لم تقبل فيها الشهادة على التسامع أدى إلى الحرج وتعطيل
الأحكام بخلاف البيع لأنه يسمعه كل أحد وإنما يجوز للشاهد أن
يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو بإخبار من يثق به كما قال
في الكتاب ويشترط أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان
ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفى بإخبار واحد أو واحدة لأنه
قلما يشاهد حاله غير الواحد إذ الإنسان يهابه ويكرهه فيكون
في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي
أن يطلق أداء الشهادة أما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع
لم تقبل شهادته كما أن معاينة اليد في الأملاك تطلق الشهادة
ثم إذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو رأى إنسانا جلس مجلس القضاء
يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد على كونه قاضيا وكذا إذا رأى

٨٢

81 — 82

Boş Numara

وفيه أثر عثمان رضي الله عنه فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد
الرحمن بن عوف عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار **قال** وإن كانت التركة
فضة فأعطوه ذهبا أو كان ذهبا فأعطوه فضة فهو كذلك لأنه بيع
الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لأنه صرف
غير أن الذي في يده بقية التركة إن كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لأنه
قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وإن كان مقرا لا بد من تجديد القبض لأنه
قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح وإن كانت التركة ذهبا وفضة
وغير ذلك فصالحوه على فضة أو ذهب فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر
من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية
التركة احترازا عن الربا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب
والفضة لأنه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا
لعدم الربا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضا
جاز الصلح كيف ما كان صرفا للجنس إلى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط
التقابض للصرف **قال** وإذا كان في التركة دين على الناس فأدخلوه
في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لأن فيه
تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح وإن شرطوا أن
يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز لأنه إسقاط

او هو تمليك الدين ممن عليه فيجوز وهذه حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا
قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه ان
يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء
نصيبه من الغريم ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة فالصلح على
المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة
ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز
لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة
لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز
الصلح ولا القسمة لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان
يصالحوا ما لم يقضوا دينه فيقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي
في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب
في الارض سمي بها لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة
اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر
اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي
والذكي والفقير والغني وبعث النبي عليه السلام والناس يباشرونه
فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة رضي الله عنهم ثم المدفوع الى المضارب

امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل
فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال
فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا
لوجود التعدي منه على مال غيره قال المضاربة عقد على الشركة بمال من
احد الجانبين ومراده الشركة في الربح وتعويضا من احد الجانبين والعمل
من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال
كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا قال ولا تصح
الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا
وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل
واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض ما لي على فلان واعمل به مضاربة
جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة
لان عند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح
لكن يقع الملك في المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعرض قال ومن
شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة لان شرط
ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة قال فان شرط
زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة
في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال

لانه يملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة ولا يجاوز بالاجر
القدر المشروط عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله كما بينا في الشركة
ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او
العمل وقد وجد وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة
مع انها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة
ولانه عين مستاجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده
وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة
على المضارب قال ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب
المال فيه لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان
المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد ان يخلص المال
للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص
اليد لاحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع
خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود وسواء كان المالك
عاقدا او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى
المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط
عمل صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب
وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من اهل المضاربة فيه كالماذون بخلاف الاب والوصي

لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما
بجزء من المال قال واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع
ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لاطلاق العقد والمقصود منه
الاسترباح ولا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من
صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الابضاع والايداع والمسافرة
الا ترى ان المودع له ان يسافر فالمضارب اولى كيف وان اللفظ دليل عليه
لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن ابي يوسف رحمه الله انه ليس له
ان يسافر وعنه وعن ابي حنيفة رحمه الله انه ان دفع في بلده ليس له ان يسافر لانه
تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه
هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال ولا يضارب الا ان
ياذن له رب المال او يقول له اعمل برايك لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في
القوة فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان
الوكيل لا يملك ان يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برايك بخلاف الايداع والابضاع
لانه دونه فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برايك
لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة
والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا تجوز الزيادة عليه اما الدفع
مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول

قال وان خص رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها
لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له
ان يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه
فلا يملك تفويضه الى غيره قال فان خرج الى غير ذلك البلد فاشترى
ضمن وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير امره وان لم يشتر حتى رده
الى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة
ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا
اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى في المصر على
المضاربة لما قلنا ثم شرط الشرى بها هنا وهو رواية الجامع الصغير وفي
كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشرى يتقرر الضمان
لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج
وانما شرط الشرى للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان
تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه
كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل
في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول له على ان تعمل
كذا او في مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له
او قال فاعمل به بالكوفة لان الفاء للوصل او قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء
للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها
وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على ان تشتري
من فلان وتبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا
قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف على ان تشتري به من
الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز
لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو
المراد عرفا لا ما وراء ذلك قال وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا
بعينه يبطل العقد بمضيه لانه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد وانه
تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان قال وليس للمضارب ان
يشتري من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها لان العقد وضع لتحصيل الربح
وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة
شرى ما لا يملك بالقبض كشرى الخمر والشرى بالميتة بخلاف البيع الفاسد
لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال ولو فعل صار مشتريا
لنفسه دون المضاربة لان الشرى متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه
كالوكيل بالشرى اذا خالف قال فان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري
من يعتق عليه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق على
الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وان اشترى ضمن

مال المضاربة وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم لأنه لا مانع من التصرف
إذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فإن زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه
منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئاً لأنه لا صنع من جهته في
زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لأن هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار
كما إذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لأنه احتبست ماليته عنده
فيسعى فيه كما في الوراثة **قال** فإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى
بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفاً فادعاه ثم بلغت
قيمة الغلام ألفاً وخمسمائة والمدعي موسر فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف
ومائتين وخمسين وإن شاء أعتق ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر
حملاً على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح
لأن كل واحد منهما أعني الأم والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة إذا
صار أعياناً كل عين منها تساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فإذا
زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة بخلاف ما إذا
أعتق الولد ثم ازدادت القيمة لأن ذلك إنشاء العتق فإذا بطل لعدم
الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك أما هذا إخبار فجاز أن ينفذ
عند حدوث الملك كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه وإذا صحت الدعوة
وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئاً من قيمته

الولد لأن عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع له فيه
وهذا ضمان إعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد وله أن يستسعي الغلام
لأنه احتبست ماليته عنده وله أن يعتق لأن المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة
رحمه الله ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال والخمسمائة
ربح والربح بينهما فلهذا يستسعيه في هذا المقدار ثم إذا قبض رب المال الألف
له أن يضمن المدعي نصف قيمة الأم لأن الألف المأخوذ لما استحق
برأس المال لكونه مقدماً في الاستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما
وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها
لفقد الملك فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم
ولد له ويضمن نصيب رب المال لأن هذا ضمان تملك وضمان التملك لا
يستدعي صنعاً كما إذا استولد الجارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة
يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر

باب المضارب يضارب

وإذا دفع المضارب إلى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن
بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فإذا ربح ضمن الأول لرب المال
قال رضي الله عنه وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح وهو ظاهر الرواية وقال زفر رحمه

يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لأن المملوك له
الدفع على وجه الإيداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما أن الدفع إيداع
حقيقة وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولأبي حنيفة
رحمه الله أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبضاع والفعلان يملكهما المضارب
فلا يضمن بهما إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا
إذا كانت المضاربة صحيحة فإن كانت فاسدة لا يضمنه الأول وإن عمل الثاني
لأنه أجير فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر
الثاني وقيل ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في
مودع المودع وقيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع
وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع
المودع أن المودع يقبضه لمنفعة الأول فلا يكون ضامنا أما المضارب الثاني
يعمل فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامنا ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة لأنه
ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار
كما إذا دفع مال نفسه وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعقد لأنه عامل له كما
في المودع ولأنه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما
على ما شرطا لأن قرار الضمان على الأول فكأنه ضمنه ابتداء ويطيب الربح
للثاني ولا يطيب للأعلى لأن الأسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والأعلى

يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث **قال**
فإن دفع إليه رب المال مضاربة بالنصف وأذن له أن يدفعه إلى غيره
فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فإن كان رب المال قال له على أن
ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث
وللمضارب الأول السدس لأن الدفع إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود
الأمر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله
فلم يبق للأول إلا النصف فينصرف تصرفه إلى نصيبه وقد جعل من ذلك
بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق إلا السدس ويطيب لهما ذلك
لأن فعل الثاني واقع للأول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر
غيره عليه بنصف درهم وإن كان قال له على أن ما رزقك الله فهو بيننا
نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الأول ورب
المال نصفان لأنه فوض التصرف إليه وجعل لنفسه نصف ما رزق الأول
وقد رزق الثلثين فهو بينهما بخلاف الأول لأنه جعل لنفسه نصف جميع
الربح فافترقا ولو كان قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع
إلى غيره بالنصف فللثاني النصف الباقي بين الأول ورب المال لأن
الأول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض إليه من جهة رب المال فيستحقه
وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الأول ولم يربح إلا النصف فيكون

بينهما ولو كان قال له على أن ما رزق الله فلي نصفه أو قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع إلى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الأول لأنه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف للثاني إلى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الأول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله وإن شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الأول للثاني سدس الربح في ماله لأنه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الإبطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولأنه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف

فصل

وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز لأن للعبد يدا معتبرة خصوصا إذا كان مأذونا له واشتراط العمل إذن له ولهذا لا يكون للمولى أن يأخذ ما أودعه العبد وإن كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون وإذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف شرط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على ما مر وإذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين فهو للغرماء هذا إذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين لأن هذا اشتراط العمل على المالك وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة رحمه الله لأن المولى بمنزلة الأجنبي عنده على ما عرف

فصل في العزل والقسمة

قال وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وإن ارتد رب المال عن الإسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لأن اللحوق بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لأن له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة

قال فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وإن علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك لأن حقه قد ثبت في الربح وإنما يظهر بالقسمة وهي تبتني على رأس المال وإنما ينض بالبيع

قال ثم لا يجوز أن يشتري بثمنها شيئا آخر لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة

ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل فإن
عزله ورأس المال دراهم أو دنانير قد نضّت لم يجز له أن يتصرف فيها لأنه
ليس في إعمال عزله إبطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رضي الله عنه وهذا
الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال
دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لأن الربح لا يظهر
إلا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة
في بيع العروض ونحوها قال وإذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح
المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لأنه بمنزلة الأجير والربح كالأجر
له وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لأنه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على إيفاء
ما تبرع به ويقال له وكّل رب المال في الاقتضاء لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد
فلا بد من توكيله وتوكّله كيلا يضيع حقه قال في الجامع الصغير يقال له أحل رب
المال مكان قوله وكّل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار
يجبران على التقاضي لأنهما يعملان بأجرة قال وما هلك من مال المضاربة
فهو من الربح دون رأس المال لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التبع
أولى كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكوة فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على
المضارب لأنه أمين وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال
بعضه أو كله ترادّا الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال لأن قسمة الربح

قبل استيفاء رأس المال لأنه هو الأصل وهذا بناء عليه وتبع له فإذا
هلك ما في يد المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه من رأس المال فيضمن
المضارب ما استوفاه لأنه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من
رأس ماله وإذا استوفى رأس المال فإن فضل شيء كان بينهما لأنه ربح وإن نقص
فلا ضمان على المضارب لما بينا ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها
فهلك المال لم يترادّا الربح الأول لأن المضاربة الأولى قد انتهت والثانية
عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الأول كما إذا دفع إليه مالا
آخر

فصل فيما يفعله المضارب

قال ويجوز للمضارب أن يبيع
بالنقد والنسيئة لأن كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه إطلاق العقد إلا إذا باع
إلى أجل لا يبيع التجار إليه لأن له الأمر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له أن يشتري
دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب وله أن يكتريها اعتبارا لعادة
التجار وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لأنه من صنيع
التجار ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالإجماع أما عندهما فلأن الوكيل يملك
ذلك فالمضارب أولى إلا أن المضارب لا يضمن لأنه له أن يقايل ثم يبيع نسيئة
ولا كذلك الوكيل لأنه لا يملك ذلك وأما عند أبي يوسف رحمه الله فلأنه يملك الإقالة
ثم البيع بالنسيئة بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الإقالة ولو احتال بالثمن على الأيسر أو
على الأعسر جاز لأن الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث

يعتبر فيه النظر الا ان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب
ثلثة انواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو
ما ذكرنا ومن جملتها التوكيل بالبيع والشرى للحاجة اليه والرهن والارتهان
لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والاستيجار والايداع والابضاع والمسافرة على
ما ذكرنا ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برايك وهو ما يحتمل
ان يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره
وخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره
وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير
فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برايك دلالة على
ذلك ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برايك الا ان ينص عليه رب المال
وهو الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعدما اشترى براس المال
السلعة وما اشبه ذلك لانه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة
ولا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو اذن له رب المال في الاستدانة صار المشترى
بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه واخذ السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا
اعطاؤها لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض
والهبة والصدقة لانه تبرع محض **قال** ولا يزوج عبدا ولا امة من مال
المضاربة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب الا ترى

انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة وانما انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا
التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال فانه اكتساب ولكن
لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فاشترى رب المال **قال** فان
دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال
وباع فهو على المضاربة وقال زفر رحمه الله تفسد المضاربة لان رب
المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا
لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا ان التخلية قد تمت وصار التصرف
حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والابضاع توكيل منه
فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية ويخالف
ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد
شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه يؤدي الى
قلب الموضوع واذا لم يصح بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به
المضاربة الاولى **قال** واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته
في المال وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه ومعناه شرى او كراء
في المال ووجه الفرق ان النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة
المراة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلي واذا سافر صار محبوسا
بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل

ربّ المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مرّ وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ
فيه لأنه عين مال قائم به حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الأبيض
على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لأنه ليس بعين مال قائم به ولهذا إذا فعله
الغاصب ضاع ولا يضيع إذا صبغ المغصوب وإذا صار شريكاً بالصبغ انتظمه قوله
اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه

فصل آخر

فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها بزاً فباعه بألفين واشترى بالألفين عبداً فلم ينقدهما حتى
ضاعا يغرم رب المال ألفاً وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب
وثلاثة أرباعه على المضاربة قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره حاصل الجواب
لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقد إلا أن له حق الرجوع على رب المال بألف
وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة ووجهه أنه لما نض المال ظهر الربح وهو
خمسمائة على ما بينا فإذا اشترى بالألفين عبداً صار مشترياً ربعه لنفسه وثلاثة
أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين وإذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن لما
بيناه وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه وكيل من جهته فيه ويخرج
نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لأنه مضمون عليه ومال المضاربة
أمانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه ليس فيه ما ينافي
المضاربة ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة لأنه دفع مرة ألفاً ومرة ألفاً وخمسمائة
ولا يبيعه مرابحة إلا على ألفين لأنه اشتراه بألفين ويظهر ذلك فيما إذا بيع العبد بأربعة

المحالة فلا يتضرر بالإنفاق من ماله أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في
حيز التردد فلو أنفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لأنه
أجير وبخلاف البضاعة لأنه متبرع قال فلو بقي شيء في يده بعد ما قدم
مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر
فإن كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وإن كان بحيث
لا يبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة لأن خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف
إلى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن ذلك غسل ثيابه وأجرة أجير يخدمه وعلف
دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج فيه إليه عادة كالحجاز وإنما يطلق في جميع ذلك بالمعروف
حتى يضمن الفضل إن جاوزه اعتباراً للمتعارف فيما بين التجار قال وأما
الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يدخل في النفقة
لأنه لإصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة إلا به فصار كالنفقة وجه الظاهر
أن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع وإلى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت نفقة
المرأة على الزوج ودواؤها في مالها قال وإذا ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس
المال فإن باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما أنفق
على نفسه لأن العرف جار بإلحاق الأول دون الثاني ولأن الأول يوجب زيادة في المالية
بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قال فإن كان معه ألف فاشترى بها ثياباً
فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لأنه استدانة على

آلاف حصة المضاربة وثلثة آلاف من راس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما
قال وان كان معه ألف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه اياه بألف يبيعه
مرابحة على خمسمائة لان هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان
كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن
شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبدا بألف وباعه من رب المال
بألف ومائتين باعه مرابحة بألف ومائة لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب
رب المال وقد مر في البيوع قال فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبدا
قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على
المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا
لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله
لان قيمته ألفان واذا فديا خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب فلما بيناه
ونصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما انه يتضمن قسمة العبد
بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان
كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع
الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة يخدم المضارب يوما
ورب المال ثلثة ايام بخلاف ما تقدم قال فان كان معه ألف فاشترى بها
عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع لان المال

امانة في يده والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة
بعد اخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء
حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب
اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى
ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل
مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة
بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

فصل في الاختلاف

قال فان كان مع المضارب ألفان فقال دفعت
الي ألفا وربحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك ألفين فالقول قول المضارب
وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر رحمه الله
لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في
الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا
كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول قول
رب المال فيه لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وايهما اقام البينة على ما
ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة
لفلان بالنصف وقد ربح ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان
المضارب يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال

المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول
لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى
رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب
لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان
الاصل فيها الخصوص ولو ادعى كل واحد نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على
التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان
وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الآخر اولى لان
آخر الشرطين ينقض الاول

كتاب الوديعة

قال الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على
المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع
فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم قال وللمودع
ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه
الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة
بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به فان حفظها بغيرهم
او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة
ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره ايداع الا
اذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال الا ان يقع في داره حريق

فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى
لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا
ببينة لانه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى
الاذن في الايداع قال فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها
ضمنها لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه
بحبسه عنه قال وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل ان يخلط الدراهم
البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه
الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه
فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين
حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو ابرأ الخالط
لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا حق له الا في الدين وقد سقط وعندهما
الابراء يسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل
مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة
ولذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير
في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتتعذر التمييز والقسمة ولو خلط
المائع بجنسه فعند ابي حنيفة رحمه الله ينقطع حق المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف

يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد رحمه الله شركه بكل
حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم
بمثلها اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة قال وان اختلطت بماله
من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيسان فاختلطا لانه لا يضمنها
لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق قال فان انفق المودع بعضها
ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا
على الوجه الذي تقدم قال واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة
فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها عند غيره ثم ازال التعدي فردها
الى يده زال الضمان وقال الشافعي رحمه الله لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة
ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر
باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد
حكم العقد كما اذا استاجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي
فحصل الرد الى نائب المالك قال فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها
لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب
مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد اذ المطالبة
بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود
احد المتعاقدين البيع فتم الرفع او لان المودع ينفرد بعزل نفسه بحضرة المستودع

فالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يحصل
الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند
غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف خلافا لزفر رحمه الله لان الجحود عند غير
صاحبها من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير حضرته
او طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته قال وللمودع ان يسافر بالوديعة
وان كان لها حمل ومؤنة وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي رحمه الله
ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رحمه الله اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا
كان الطريق امنا ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه تلزمه مؤنة الرد
فيما له حمل ومؤنة فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد وللشافعي رحمه الله يتقيد بالحفظ
المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد تلزمه
في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون
في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي
التسليم في مكان العقد واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن
لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا قال واذا اودع رجلان
عند رجل وديعة فحضر احدهما وطلب نصيبه لم يدفع اليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يدفع اليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا الفا
فغاب اثنان فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل

والمودَع وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر
بالدفع إليه كما في الدين المشترك وهذا لأنه طالبه بتسليم ما سلّم إليه وهو
النصف ولهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع إليه ولأبي حنيفة رحمه الله
أنه طالبه بدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين
يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه إلا بالقسمة وليس للمودَع ولاية القسمة ولهذا
لا يقع دفعه قسمة بالإجماع بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه لأن
الديون تقضى بأمثالها فأما قوله إن له أن يأخذه قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودَع
على الدفع كما إذا كان له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه
أن يأخذه إذا ظفر به وليس للمودَع أن يدفعه إليه قال وإن أودع رجل
عند رجلين شيئاً مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ
كل واحد منهما نصفه وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر وهذا
عند أبي حنيفة رحمه الله وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء إذا سلّم أحدهما
إلى الآخر وقالا لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين لهما أنه رضي بأمانتهما
فكان لكل واحد منهما أن يسلّم إلى الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم وله أنه رضي بحفظهما
ولم يرض بحفظ أحدهما كله لأن الفعل متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزي
تناول البعض دون الكل فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع
ولا يضمن القابض لأن مودَع المودَع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لأنه

لما أودعهما

لما أودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهاياة
كان المالك راضياً بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال وإذا قال صاحب الوديعة
للمودَع لا تسلّمها إلى زوجتك فسلّمها إليها لا يضمن وفي الجامع الصغير إذا نهاه
أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لا بد منه لم يضمن كما إذا كانت الوديعة
دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه وكما إذا كانت شيئاً يحفظ على يد النساء فنهاه
عن الدفع إلى امرأته وهو محمل الأول لأنه لا يمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط
وإن كان مفيداً فيلغو وإن كان له منه بد ضمن لأن الشرط مفيد لأن من العيال من
لا يؤتمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط واعتبره وإن قال احفظها
في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لأن الشرط غير مفيد فإن البيتين
في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وإن حفظها في دار أخرى ضمن لأن الدارين يتفاوتان
في الحرز فكان مفيداً فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً بأن
كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة
ظاهرة صح الشرط قال ومن أودع رجلاً وديعة فأودعها آخر فهلكت
فله أن يضمن الأول وليس له أن يضمن الآخر وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا له أن يضمن أيهما شاء فإن ضمن الآخر رجع على الأول لهما أنه قبض المال من يد
ضمين فيضمنه كمودَع الغاصب وهذا لأن المالك لم يرض بأمانة غيره فيكون الأول
متعدياً بالتسليم والثاني بالقبض فيتخير بينهما غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على

الثاني لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وإن ضمن الثاني رجع على الأول
لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله أنه قبض المال من يد أمين لأنه
بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما فإذا فارقه فقد
ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك وأما الثاني مستمر على الحالة الأولى ولم يوجد
منه صنع فلا يضمنه كالريح إذا ألقت في حجره ثوب غيره **قال** ومن كان في يده ألف
فادعاها رجلان كل واحد أنها له أودعها إياه وأبى أن يحلف لهما وعليه ألف أخرى
بينهما وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على
المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين وبأيهما بدأ القاضي جاز
لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية ولو تشاحا أقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا
لتهمة الميل ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثاني فإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وإن نكل عن
للثاني يقضى له لوجود الحجة وإن نكل للأول يحلف للثاني ولا يقضى بالنكول بخلاف
ما إذا أقر لأحدهما لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به أما النكول إنما يصير حجة
عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني
أيضا يقضى بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما إذا أقاما البينة ويغرم
ألفا أخرى بينهما لأنه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو إقراره وذلك حجة في حقه
وبالصرف إليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر فيغرمه ولو قضى
القاضي للأول حين نكل ذكر الإمام علي البزدوي رحمه الله في شرح الجامع الصغير

أنه يحلف للثاني فإذا نكل يقضي بينهما لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثاني
لأنه يتقدمه إما بنفسها أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف
رحمه الله أنه ينفذ قضاؤه للأول ووضع المسألة في العبد وإنما نفذ لمصادفته
محل الاجتهاد لأن من العلماء من قال يقضي للأول ولا ينتظر لكونه إقرارا دلالة ثم لا
يحلف للثاني ما هذا العبد لي لأن نكوله لا يفيد بعدما صار للأول وهل يحلف بالله
ما له عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه قال ينبغي أن يحلفه
عند محمد رحمه الله خلافا لأبي يوسف رحمه الله بناء على أن المودع إذا أقر بالوديعة
ودفع بالقضاء إلى غيره يضمنه عند محمد رحمه الله خلافا له وهذه فريعة تلك
المسألة وقد وقع فيه بعض الإطناب

كتاب العارية

العارية جائزة لأنه نوع إحسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعا من صفوان
وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي رحمه الله يقول هو إباحة الانتفاع بملك
الغير لأنه ينعقد بلفظة الإباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح
التمليك وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الإجارة من غيره ونحن نقول إنه ينبئ
عن التمليك فإن العارية من العرية وهي العطية ولهذا ينعقد بلفظة
التمليك والمنافع قابلة للملك كالأعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض
ثم الأعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الإباحة
استعير للتمليك كما في الإجارة فإنها تنعقد بلفظة الإباحة وهي تمليك والجهالة

لا تفضي إلى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولأن الملك يثبت بالقبض
وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي عن التحصيل لا المحصل المنافع
على ملكه ولا يملك الإجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره إن شاء الله تعالى **قال**
وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه وأطعمتك هذه الأرض لأنه يستعمل فيه ومنحتك
هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة لأنهما لتمليك العين وعند عدم
إرادته الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزا **قال** وأخدمتك هذا العبد لأنه إذن له في
استخدامه وداري لك سكنى لأن معناه سكناها لك وداري لك عمرى سكنى
لأنه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لأنه يحتمل تمليك المنافع
فحمل عليه بدلالة آخره **قال** وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه
السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولأن المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب
حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه **قال**
والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي يضمن لأنه قبض مال غيره
لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والإذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه
ولهذا كان واجب الرد فصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا أن اللفظ لا ينبئ
عن التزام الضمان لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها والقبض لم يقع تعديا
لكونه مأذونا فيه والإذن وإن ثبت لأجل الانتفاع فهو ما قبضه إلا للانتفاع فلم يقع تعديا
وإنما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فإنها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على

على سوم الشراء مضمون بالعقد لأن الأخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف
في موضعه **قال** وليس للمستعير أن يؤجر ما استعاره فإن آجره فعطب ضمن لأن
الإعارة دون الإجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولأنا لو صححناه لا يصح
إلا لازما لأنه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر
بالمعير لسد باب الاسترداد إلى انقضاء مدة الإجارة فأبطلناه وضمنه
حين سلمه لأنه إذا لم يتناوله العارية كان غصبا وإن شاء المعير ضمن المستأجر لأنه
قبضه بغير إذن المالك لنفسه ثم إن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لأنه
ظهر أنه آجر ملك نفسه وإن ضمن المستأجر يرجع على المؤجر إذا لم يعلم أنه كان
عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما إذا علم **قال** وله أن يعيره إذا
كان لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي رحمه الله ليس له أن يعيره لأنه إباحة
المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الإباحة وهذا لأن المنافع غير قابلة
للملك لكونها معدومة وإنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة وقد
اندفعت بالإباحة هاهنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الإعارة
كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة فتجعل كذلك في الإعارة
دفعا للحاجة وإنما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن
المعير لأنه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال رضي الله عنه وهذا إذا صدرت
الإعارة مطلقة وهو على أربعة أوجه أحدها أن تكون مطلقة في الوقت

والانتفاع وللمستعير فيه أن ينتفع به أي نوع شاء وفي أي وقت شاء عملا بالإطلاق
والثاني أن تكون مقيدة فيهما وليس له أن يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد إلا إذا
كان خلافا إلى مثل ذلك أو خير منه والحنطة مثل الحنطة والثالث أن تكون مقيدة في
حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له أن يتعدى ما سماه فلو
استعار دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل ويعير غيره للحمل لأن الحمل لا يتفاوت وله
أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفا لأنه لما أطلق فله أن يعين حتى
لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره لأنه تعين ركوبه ولو أركب غيره ليس له أن يركبه
حتى لو فعله ضمنه لأنه تعين الإركاب **قال** وعارية الدراهم والدنانير والمكيل
والموزون والمعدود قرض لأن الإعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها
إلا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة أو القرض والقرض
أدناهما فيثبت أو لأن من قضية الإعارة الانتفاع ورد العين فأقيم رد المثل مقامه
قالوا هذا إذا أطلق الإعارة أما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها
ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولا يكون له إلا المنفعة المسماة وصار
كما إذا استعار آنية يتجمل بها أو سيفا محلى يتقلده **قال** وإذا استعار
أرضا ليبني فيها أو ليغرس جاز وللمعير أن يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس
أما الرجوع فلما بينا وأما الجواز فلأنها منفعة معلومة تملك بالإجارة فكذا بالإعارة وإذا
صح الرجوع بقي المستعير شاغلا أرض المعير فيكلف تفريغها ثم إن لم يكن وقت

العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد وإن كان وقت
العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد
وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لأنه مغرور من جهته حيث وقت
له والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره
القدوري في المختصر وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله أنه يضمن رب الأرض
للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه
قيمتهما فيكون له ذلك لأنه ملكه قالوا إذا كان في القلع ضرر بالأرض فالخيار
إلى رب الأرض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالأصل
ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت لأن له نهاية
معلومة وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع
دفعا للضرر عن المالك **قال** وأجرة رد العارية على المستعير لأن الرد واجب
عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الرد فيكون عليه وأجرة رد العين
المستأجرة على المؤجر لأن الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فإن منفعة
قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده وأجرة رد العين المغصوبة
على الغاصب لأن الواجب عليه الرد والإعادة إلى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته
عليه **قال** وإذا استعار دابة فردها إلى إصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا
استحسان وفي القياس يضمن لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان
أنه أتى بالتسليم المتعارف لأن رد العواري إلى دار الملاك معتاد كآلة البيت

ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط وان استعار عبدا فرده الى
دار المالك ولم يسلمه لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب او الوديعة الى دار المالك
ولم يسلمه اليه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون
غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو
ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد
جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه **قال** ومن استعار
دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة
لانها امانة فله ان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه
ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى
به الا يرى انه لو ردها اليه فهو يردها الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على
الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه
احيانا فان ردها مع اجنبي ضمن ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع
قصدا كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واولوا هذه
المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة **قال** ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة
يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يكتب اعرتني لان لفظة الاعارة
موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظة الاطعام
ادل على المراد لانها تخص الزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكا[نت]

الكتابة بها أولى بخلاف الدار لأنها لا تستعار إلا للسكنى

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الإجماع
وتصح بالإيجاب والقبول والقبض أما الإيجاب والقبول فلأنه عقد والعقد
ينعقد بالإيجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله
يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه
السلام لا تجوز الهبة إلا مقبوضة والمراد نفي الملك لأن الجواز بدونه ثابت
ولأنه عقد تبرع وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو
التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا إلزام
على المتبرع لعدم أهليته للزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها فإن قبضها
الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز استحسانا وإن قبض بعد الافتراق لم يجز
إلا أن يأذن له الواهب في القبض والقياس أن لا يجوز في الوجهين لأن القبض تصرف في ملك
الواهب إذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون إذنه ولنا أن القبض بمنزلة القبول
في الهبة من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه إثبات الملك
فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق لأنا إنما
أثبتنا التسليط فيه إلحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف
ما إذا نهاه عن القبض في المجلس لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح **قال**

وينعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت لأن الأول صريح فيه والثاني مستعمل

فيه قال النبي عليه السلام أكل أولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال أعطاك

الله ووهبك الله بمعنى وكذا ينعقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا

الثوب لك وأعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحملان

الهبة أما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين

بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية لأن عينها لا تطعم وأما

الثاني فلأن حرف اللام للتمليك وأما الثالث فلقوله عليه السلام من أعمر عمرى

فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا إذا قال جعلت هذه الدار

لك عمرى لما قلنا وأما الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية لكنه

يحتمل الهبة يقال حمل الأمير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته

ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لأنه يراد به التمليك قال الله تعالى

أو كسوتهم ويقال كسا الأمير فلانا ثوبا أي ملكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية كانت

عارية لما روينا من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهي عارية

لأن العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل

المحتمل على المحكم وكذا إذا قال عمرى سكنى أو نحلى سكنى أو سكنى صدقة أو

صدقة عارية أو عارية هبة لما قدمنا ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لأن قوله تسكنها

مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لأنه

تفسد له **قال** ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع

فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي رحمه الله تجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه

وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا

ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره

اليه وذلك غير موهوب ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة ولهذا

امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر

هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به

وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح

والبيع الفاسد والصرف والسلم فان القبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود

ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه

فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه

فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع **قال** ومن

وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه

بالقبض وعنده لا شيوع **قال** ولو وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة

فاسدة فان طحن وسلم لم يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو

استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد

الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع

والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر في النخل بمنزلة المشاع لان

امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع **قال** واذا كانت العين

في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا لان العين في قبضه والقبض

هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض

الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها

الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا كان في يده او في

يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا

لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو

في عيالها والاب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض

الاب لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع واذا وهب

لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه جاز لان لهؤلاء ولاية

عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجر امه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى

حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا

كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي اخر ان ينزعه

من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان

عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها

ولو رجع في النصف الذي لم يعوضه غاية ما في الباب انه يلزم

من هذا الشيوع في النصف في الهبة لكن ذلك الشيوع طارئ فلا يضر

كالرجوع في النصف من غير تعويض فان قلت في هذا

شبهة من وجه اخر وهو انه ذكر في الكتاب قبيل هذا بطلان الرجوع

ان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع فلما

كان العوض لاسقاط حق الرجوع يجب ان يتعدى في كله لان

الاسقاطات لا تتجزى كما في الطلاق قلت ان كان حق العوض

معنى الاسقاط من ذكر العوض ولكن كان له شبهان اخران ايضا

على ما ذكرنا من شبه الهبة وشبه المبادلة فمن حيث الشبهين

كان التعويض محتملا للتجزي فاذا اضاف العوض الى نصف

الموهوب اقتصر حكمه عليه وذلك لانه يجوز ان يثبت حق الرجوع

في النصف دون النصف ابتداء كما لو وهب له النصف وتصدق

عليه بالنصف فلان يجوز ذلك بقاء كان اولى بخلاف الطلاق

فان لا يحتمل التجزي في المحل لانه من الاسقاطات من كل وجه

الى هذا اشار في المبسوط

لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه

مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرهما حيث لا يملكونه الا بعد موت

الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا لتفويض الاب

ومع حضوره لا ضرورة قال واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها

جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة

وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن

من رجلين وله ان هذه هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما

صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه

وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما

كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق

على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما

لم يجز وقالا يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة

لان كل واحد تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل سوى

فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق

على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد

بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على

الغنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي

يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز ولو قال لاحدهما بنصفه وللآخر
بنصفه عن ابي يوسف رحمه الله فيه روايتان فابو حنيفة رحمه الله مر على اصله وكذا
محمد رحمه الله والفرق لابي يوسف رحمه الله ان بالتنصيص على الابعاض يظهر
ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين
ونص على الابعاض

باب الرجوع في الهبة

قال واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي رحمه الله لا رجوع فيها
لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع
يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على اصله لانه
لم يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها
اي ما لم يعوض ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فيثبت له ولاية الفسخ عند
فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد فانه يتملكه
للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة
فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع
موانع ذكر بعضها فقال الا ان يعوض عنها لحصول المقصود او تزيد زيادة متصلة
لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت
العقد قال او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى
الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد

أو بهبة أجنبية قال وإن خرجت الهبة عن ملك الموهوب له لأنه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولأنه تجدد الملك بتجدد سببه قال فإن وهب لآخر أرضاً بيضاء فأنبت في ناحية منها نخلاً أو بنى بيتاً أو دكاناً أو آرياً وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها لأن هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها لأن الدكان قد يكون صغيراً حقيراً لا يعد زيادة أصلاً وقد تكون الأرض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها قال فإن باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لأن الامتناع بقدر المانع وإن لم يبع شيئاً منها له أن يرجع في نصفها لأن له أن يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الأولى وإن وهب هبة لذي رحم محرم فلا رجوع فيها لقوله عليه السلام إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولأن المقصود صلة الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر لأن المقصود فيهما الصلة كما في القرابة وإنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع ولو أبانها بعدما وهب فلا رجوع قال وإذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضاً عن هبتك أو بدلاً عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحداً وإن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعاً فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي كبدل الخلع والصلح وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه وإن استحق

نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع وقال زفر رحمه الله يرجع
بالنصف اعتبارا بالعوض ولنا انه يصلح عوضا للكل من الابتداء وبالاستحقاق
ظهر انه لا عوض الا هو الا انه يتخير لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم
له كل العوض ولم يسلم فله ان يرده **قال** وان وهب دارا فعوضه من نصفه
رجع في النصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف قال ولا يصح الرجوع
الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول
المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا او بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا
فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده
بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد
طلبه لانه تعدى واذا رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط
قبض الواهب ويصح في الشائع لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ وكان بالفسخ
مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان
الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا **قال** واذا تلفت العين الموهوبة
واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد تبرع فلا يستحق
فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا غيره
قال واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع
لانه هبة ابتداء فاذا تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية

وتجب فيه الشفعة لانه بيع انتهاء وقال زفر رحمه الله والشافعي رحمهما الله هو
بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود
للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع
بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض
وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض
فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح
مالكا لنفسه **فصل** ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء
لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا
على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة
وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة
بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز
لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل
بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير
فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك فان وهبها له على
ان يردها عليه او على ان يعتقها او ان يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق
عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل
لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى

أن النبي عليه السلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر بخلاف البيع لأنه عليه
السلام نهى عن بيع وشرط ولأن الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات
دون التبرعات **قال** ومن له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك
أو أنت منها بريء أو قال إذا أديت إلى النصف فلك نصفه أو أنت بريء من النصف
الباقي فهو باطل لأن الإبراء تمليك من وجه إسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه
إبراء وهذا لأن الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا
الوجه كان إسقاطا ولهذا قلنا إنه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق
بالشروط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا
يتعداها **قال** والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده لما روينا
ومعناه أن يجعل داره له عمره وإذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط
لما روينا وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله جائزة لأن قوله داري لك تمليك وقوله
رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما أنه عليه السلام أجاز العمرى ورد الرقبى ولأن معنى
الرقبى عندهما إن مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته
وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل وإذا لم يصح تكون عارية عندهما لأنه يتضمن إطلاق
الانتفاع به

فصل في الصدقة

قال والصدقة كالهبة لا تصح إلا
بالقبض لأنه تبرع كالهبة فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة

لأن المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا إذا تصدق على غني استحسانا
لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا إذا وهب لفقير لأن المقصود
الثواب وقد حصل **قال** ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما
يجب فيه الزكوة ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع ويروى
أنه والأول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الرواية في مسائل القضاء
ويقال له أمسك ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب فإذا اكتسب مالا تصدق
بمثل ما أنفق وقد ذكرناه من قبل

كتاب الإجارات

الإجارة عقد على المنافع بعوض لأن الإجارة في اللغة عبارة عن بيع المنافع
والقياس يأبى جوازها لأن المعقود عليه المنفعة وهي معدومة وإضافة التمليك
إلى ما سيوجد لا يصح إلا أنا جوزناه لحاجة الناس إليه وقد شهدت بصحتها
الآثار وهو قوله عليه السلام أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه وقوله
عليه السلام من استأجر أجيرا فليعلمه أجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب
حدوث المنفعة والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط
الإيجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة
ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والأجرة معلومة لما روينا ولأن الجهالة
في المعقود عليه وبدله تفضي إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جاز
أن يكون ثمنا في البيع جاز أن يكون أجرة لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع

وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعي المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين هو المختار **قال** وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استاجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته او استاجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستيجار القصار والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في اجير الوحد ولا بد من بيان الوقت **قال** وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كمن استاجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد لان

المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية وكذا اذا شرط التعجيل او عجل من غير شرط لانه ابطل المساواة التي هي حقه واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط الاجر بقدره اذ الانفساخ في بعضها ومن استاجر دارا فللمؤجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق بالعقد لانه بمنزلة التاجيل وكذلك اجارة الاراضي لما بينا ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رحمه الله لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي

الا ان لا يتفرغ لغيره فيستضر به فقدرناه بما ذكرنا **قال** وليس للقصار والخياط
ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع به فلا
يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا
الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته
قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج
فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج فلا اجر له للهلاك قبل التسليم فان اخرجه
ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم
يوجد منه الجناية قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه امانة في يده وعندهما
يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان
شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فالغرف عليه
اعتبارا للعرف ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجرة اذا اقامها عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لا يستحقها حتى يشرجه لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن من الفساد
قبله فصار كالاخراج من التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما
لم ينص عليه ولابي حنيفة رحمه الله ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل
الا يرى انه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين
منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج **قال** وكل صانع لعمله اثر
في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف

قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع لا ضمان
عليه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر
له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله العين كانت
مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر
له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى وكل صانع ليس لعمله
اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه
نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس
وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه
لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياه فكأنه
باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله
ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق
الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن هو راضيا به من
حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضا البائع **قال**
واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل
في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستاجر
من يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره
بمنزلة ايفاء الدين

فصل

ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة

فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الأجر بحسابه لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده إذا كانوا معلومين وإن استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له الأجر في الذهاب لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لأن الأجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الأجر كما في الطعام وهي المسألة التي تلي هذه المسألة وإن ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع لأن الحمل لم ينتقض وإن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له في قولهم جميعا لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد رحمه الله لأن المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها

قال ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه وأنه لا يتفاوت فصح العقد وله أن يعمل كل شيء للإطلاق إلا أنه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لأن فيه ضررا ظاهرا لأنه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة ويجوز استئجار الأراضي للزراعة لأنه منفعة مقصودة معهودة فيها وللمستأجر الشرب والطريق لأن الإجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع إلا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لأن المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والأرض السبخة دون الإجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء لأنه لما فوض الخيرة إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة **قال** ويجوز أن يستأجر الساحة ليبني فيها أو ليغرس فيها نخلا أو شجرا لأنها منفعة تقصد بالأراضي ثم إذا انقضت مدة الإجارة لزمه أن يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لأنه لا نهاية لهما ففي إبقائهما إضرار بصاحب الأرض بخلاف ما إذا انقضت والزرع بقل حيث يترك بأجر المثل إلى زمان الإدراك لأن له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين **قال** إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه وهذا برضا صاحب الغرس والبناء والشجر إلا أن تنقص الأرض بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير رضاه قال أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والأرض لهذا لأن الحق له فله أن لا يستوفيه **قال** وفي الجامع الصغير إذا انقضت الإجارة وفي الأرض رطبة فإنها تقلع لأن الرطاب لا نهاية لها فأشبه الشجر **قال** ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل لأنه منفعة معلومة معهودة فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء عملا بالإطلاق ولكنه إذا ركب

بنفسه او اركب واحدًا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادًا من الاصل
والناس يتفاوتون في الركوب فصار كانه نص على ركوبه وكذلك اذا استاجر
ثوبا للبس واطلق فهو على ما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس
وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها غيره او البسه غيره
فعطبت كان ضامنًا لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له
ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فاما العقار وما لا
يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد
غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه **قال** وان
سمى نوعا وقدرًا يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل
ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم
التفاوت او لكونه خيرًا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام
الرضا فيه وان استاجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه
حديدًا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط
على ظهره **قال** وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلًا فعطبت ضمن نصف
قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب
الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر
عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات وان استاجرها ليحمل عليها مقدارًا من الحنطة

فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو ماذون فيه
وغير ماذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه
مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلًا لخروجه عن
العادة وان كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يضمن اذا فعل فعلًا متعارفًا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد
فكان حاصلًا باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد بشرط السلامة
اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور
في الطريق وان استاجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى
الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية وقيل تاويل هذه المسألة اذا استاجرها
ذاهبًا لا جائيًا لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودًا الى يد
المالك معنى اما اذا استاجرها ذاهبًا وجائيًا يكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد
الى الوفاق وقيل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق ان المودع مامور بالحفظ مقصودًا
فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى نائب المالك وفي الاجارة
والعارية يصير الحفظ مامورًا به تبعًا للاستعمال لا مقصودًا فاذا انقطع الاستعمال
لم يبق هو نائبًا فلا يبرأ بالعود وهذا اصح ومن اكترى حمارًا بسرج فنزع السرج
واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان يماثل الاول تناوله
اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدًا عليه في الوزن فحينئذ يضمن

الزيادة وان كان لا يسرج بمثله ضمن لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا
وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا اولى وان
اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن بحسابه
لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا
به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة
فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كانت من جنسه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاكاف
ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على
ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر فيكون مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط له
الحنطة وان استاجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق غيره
يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن
بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان تفاوت يضمن لصحة
التقييد فانه مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس
فلم يفصل وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد فصار مخالفا
وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة **قال** وان حمله في
البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر وان بلغ فله الاجر
لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة
فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها

فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا
اجر له لانه غاصب للارض على ما قررنا ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه
قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ
القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهما قيل معناه القرطق الذي
هو ذو طاق واحد لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجرى على اطلاقه لانهما
يتقاربان في المنفعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يضمنه من غير خيار لان القباء
خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه فانه يشد وسطه
وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء
الا انه يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو
الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما نبينه ان شاء الله تعالى ولو خاطه
سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح
انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار كما اذا امر بضرب طست من شبه فضرب
كوزا فانه يخير كذا هذا

باب الاجارة الفاسدة

قال الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى
انه عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به
المسمى وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان
ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة

في الصحيح منها الا ان الفاسد تجب فيه الاجر ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة
لكنهما اذا اتفقا على بدل في الفاسد فقد اسقطا الزيادة واذا نقص
اجر المثل لم تجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقوم
في نفسه وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استأجر
دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي
جملة شهور معلومة لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف
الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه
واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح ولو سمى جملة شهور
معلومة جاز لان المدة صارت معلومة **قال** فان سكن ساعة
من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي وكذلك
كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان
الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ رحمهم الله وظاهر
الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الثاني ويومها
لان في اعتبار الاول بعض الحرج وان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز
وان لم يسم قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار
كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما
سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استأجر لان الاوقات كلها في حق

الاجارة على السواء فاشبه الاجل بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له ثم ان كان
العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان
في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف رحمهما الله
وعند محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله الاول بالايام والباقي
بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها وله انه متى تم الاول
بالايام ابتدئ الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى اخر السنة ونظيره العدة وقد
مر في الطلاق ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام اما الحمام فلتعارف الناس ولم تعتبر
الجهالة لاجماع المسلمين قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله
حسن واما الحجام فلما روي انه عليه السلام احتجم واعطى الحجام الاجرة ولانه
استئجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا **قال** ولا يجوز اخذ اجرة عسب
التيس وهو ان يوجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه السلام ان من السحت
عسب التيس والمراد اخذ الاجرة عليه **قال** ولا الاستئجار على الاذان والحج وكذا
الامامة وتعليم القرآن والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار
عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استئجار
على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به
وفي اخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عثمان بن ابي العاص وان اتخذت مؤذنا
فلا تأخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر

لتعليمه فلا يجوز له أخذ الأجر عن غيره كما في الصوم والصلاة ولأن التعليم مما

لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزماً ما لا يقدر على تسليمه

فلا يصح وبعض مشايخنا رحمهم الله استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم

لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى

قال ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لأنه استئجار

على المعاصي والمعصية لا تستحق بالعقد **قال** ولا يجوز إجارة المشاع عند

أبي حنيفة رحمه الله إلا من الشريك وقالا إجارة المشاع جائزة وصورته أن يؤجر نصيباً

من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما أن للمشاع منفعة ولهذا يجب

أجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ فصار كما إذا آجر من شريكه أو من رجلين

وصار كالبيع ولأبي حنيفة رحمه الله أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لأن

تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليماً لوقوعه تمكيناً وهو الفعل الذي

يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه وأما التهايؤ فإنما

يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم

شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقاً وأما إذا آجر من شريكه

فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على أنه لا يصح

في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطارئ لأن القدرة على التسليم ليس بشرط

للبقاء وبخلاف ما إذا آجر من رجلين لأن التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك

فيما بينهما

فيما بينهما طارئ **قال** ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة لقوله تعالى

فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ولأن التعامل به كان جارياً على عهد رسول الله

صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرهم عليه ثم قيل إن العقد يقع على المنافع وهي

خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب

وقيل إن العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو أرضعته بلبن شاة

لا تستحق الأجر والأول أقرب إلى الفقه لأن عقد الإجارة لا ينعقد على إتلاف

الأعيان مقصوداً كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن

الإرضاع بلبن الشاة إن شاء الله تعالى وإذا ثبت ما ذكرنا يصح إذا كانت الأجرة

معلومة اعتباراً بالاستئجار على الخدمة **قال** ويجوز بطعامها وكسوتها

استحساناً عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز لأن الأجرة مجهولة فصار كما

إذا استأجرها للخبز والطبخ وله أن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة في العادة

لأن في العادة التوسعة على الأظآر شفقة على الأولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف

الخبز والطبخ لأن الجهالة فيه تفضي إلى المنازعة وفي الجامع الصغير فإن سمى

الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها فهو جائز يعني

بالإجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام

مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز أيضاً لما قلنا

ولا يشترط تأجيله لأن أوصافها أثمان ويشترط بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة

قوله وبخلاف ما إذا آجر من رجلين
فإن تسليم المعقود عليه كما أوجبه العقد
يقدر عليه المؤاجر ثم المهايأة بعد ذلك
تكون بين المستأجرين بحكم ملكيهما وهو نظير
الرهن من رجلين فهو جائز لوجود العقد عليه
كذا في المبسوط وذكر في الأسرار أن كلام أبي حنيفة
أدق وكلامهما أظهر لأن أصل المنفعة قابل للشيوع
تمام

خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع
بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير
مبيعا عند الاجل كما في السلم **قال** وليس للمستاجر ان يمنع زوجها
من وطئها لان الوطي حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا يرى ان له ان
يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستاجر يمنعه من غشيانها
في منزله لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على
الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت
ايضا وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها فالحاصل انه يعتبر فيما لا نص
عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح
الطعام وغير ذلك على الظئر اما الطعام على والد الولد وما ذكر محمد
رحمه الله ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة وان
ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع
فان هذا ايجار وليس بارضاع فانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل ومن دفع
الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا يحمل طعاما بقفيز
منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز
الطحان وقد نهى عنه النبي عليه السلام وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز
من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات سيما في ديارنا

والمعنى فيه ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول
وحصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استاجره
لحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب الاجر لان المستاجر ملك الاجير
في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استاجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما
لا يجب الاجر لانه ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود
عليه **قال** ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل
مما سمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في
الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله لان المسمى هناك
غير معلوم فلم يصح الحط **قال** ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة
المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله في الاجارات هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر
الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة وله ان المعقود عليه
مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل
يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستاجر في الثاني ونفع الاجير
في الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يصح الاجارة
اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله
اليوم وقد مر مثله في الطلاق ومن استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها

او يسقيها او يزرعها فهو جايز لان الزراعة مستحقة بالعقد والثاني الزراعة
لا تتاتى الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته من
مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد فان اشترط ان يثنيها او يكري انهارها
او يسرقنها فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات
العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لان موجر
الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة
وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل
ان يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة
وان كانت ثلث سنين لا تبقى منفعته وليس المراد بكري الانهار الجداول
بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه يبقى منفعته في العام القابل قال
وان استاجرها ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رحمه الله
هو جايز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب
له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير دينا بدين
ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النسا عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسية
والى هذا اشار محمد رحمه الله ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة
عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال واذا كان
الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه

فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي رحمه الله له المسمى لان المنفعة
عين عنده وبيع العين شايعا جايز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه
وبين غيره ليضع فيه الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره
لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشايع بخلاف البيع لانه تصرف
حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو
شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود
عليه هنالك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود
عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشايع ومن استاجر
ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شي يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض
يستاجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض وما لا
يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى
وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لانه وقع فاسدا
فلا ينقلب جايزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب
جايزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه
والخيار الزايد في المدة ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل
عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه لان العين المستاجرة
امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى

استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي
المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد قائم بعد

باب ضمان الاجير

الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالقصار
والصباغ لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره كان له ان يعمل للعامة لان
منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا **قال** والمتاع امانة
في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله ويضمنه
عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي
الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل
الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه
كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق
الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رحمه الله ان العين امانة في يده لان
القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان
مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله
الاجر بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر **قال**
وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به
المكاري الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه وقال زفر والشافعي رحمهما الله

لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار
كاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت
العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة
حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا فيه بخلاف المعين
لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر
فامكن تقييده وبخلاف اجير الوحد على ما نذكره وانقطاع الحبل من قلة
اهتمامه فكان من صنيعه **قال** الا انه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة او
سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الآدمي وانه
لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة
قال واذا استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان
شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع
الذي انكسر واعطاه اجره بحسابه اما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار او
بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق
والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر
وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر
فيميل الى اي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الاول
لا اجر له لانه ما استوفى اصلا **قال** واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ

ان تجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير
بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت وحجام حجم عبدا بامر مولاه فمات فلا ضمان عليه
وفي ذلك وأخذ من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية
لانه يبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل
ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمنا لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن
القول بالتقييد **قال** والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه
في المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم وانما سمي اجير وحد لانه لا يمكنه
ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا
يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل **قال** ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده
ولا ما تلف من عمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر
عنده وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة اموال
الناس واجير الوحد لا يتقبل الاعمال فيكون السلامة غالبا فيؤخذ فيه بالقياس واما
الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر فاذا امره بالتصرف في ملكه صح ويصير
نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه

باب الاجارة على احد الشرطين

واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين
جاز واي عمل من هذين العملين عمل استحق الاجرة به وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته
بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال
آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين
مسافتين مختلفتين بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا
وكذا اذا خيره بين ثلثة اشياء وان خيره بين اربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع
والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط
ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب
الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع المنازعة الا باثبات الخيار له
ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه
اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجاوز به نصف درهم
وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله الشرطان جائزان وقال زفر رحمه الله الشرطان فاسدان لان
الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر
اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت
وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتاخير مقصود
فنزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة رضي الله عنه ان ذكر الغد للتعليق حقيقة
ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل
واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى

ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني
وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى
لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان
فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله
هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد
اولى ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين
جاز واي الامرين فعل استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الاجارة
فاسدة وكذلك ان استاجر بيتا على انه ان سكن فيه فبدرهم وان اسكن فيه
حدادا فبدرهمين فهو جائز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز ومن استاجر
دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوزها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل
الخلاف وان استاجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم
وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز ووجه
قولهما ان المعقود عليه مجهول وكذا الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة
توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعنده ترتفع
الجهالة اما في سكنى الدار يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيبقى الجهالة وهذا الحرف هو
الاصل عندهما ولابي حنيفة انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة
الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا يرى انه لا يدخل ذلك

ذلك مطابق للعقد وكذا اخواتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع
الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن

باب اجارة العبد

قال ومن استاجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة
السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا
بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر
فاذا تعين الخدمة في الحضر انتفى غيره كما في الركوب ومن استاجر عبدا محجورا
عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر والاصل ان الاجارة صحيحة
استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس ان لا تجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر
فصار كما اذا هلك العبد ووجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ
سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون فيه كقبول الهبة فاذا جاز لم يكن
للمستاجر ان ياخذه ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله
فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير
اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر وله ان الضمان يجب باتلاف مال محرز لان
التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في
يده وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله وجاز قبض العبد الاجر
في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر ومن استاجر

عبدًا هذين الشهرين شهرًا باربعة وشهرًا بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة
لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريًا للجواز او نظرًا الى تنجز
الحاجة فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة ومن استاجر عبدًا شهرًا بدرهم
فقبضه في اول الشهر ثم جاء اخر الشهر وهو ابق او مريض فقال المستاجر ابق او مرض
حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل ان تاتيني بساعة فالقول قول
المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول الموجر لانهما اختلفا في امر محتمل فيترجح
بحكم الحال اذ هو دليل ظاهر على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا وان لم يصلح حجة في نفسه
واصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

باب الاختلاف

قال واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك ان تعمله قباء
وقال الخياط قميصًا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته
اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني صفرا فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد
من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته
لكن يحلف لانه انكر شيا لو اقر به لزمه قال واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه
ما قرر قبله انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يختير
في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه
اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ ضمنه ما زاد الصبغ فيه

فيه لانه بمنزلة الغصب وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع
باجر فالقول قول صاحب الثوب عند ابي حنيفة رحمه الله لانه ينكر تقوم عمله اذ هو
يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه فالقول قول المنكر وقال ابو يوسف
رحمه الله ان كان الرجل حريفا له اي خليطا فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما
يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد رحمه الله ان كان الصانع
معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك
مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة رحمه الله لانه منكر
والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة الى الاستحقاق

باب فسخ الاجارة

قال ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع
وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع
ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان
فعل الموجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستاجر لزوال سببه قال واذا
خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة لان المعقود
عليه قد فات وهو المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت
العبد المستاجر ومن اصحابنا رحمهم الله من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع قد فاتت
على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في البيع وعن محمد رحمه الله ان الاجر لو

بها البيت للمستاجر ان يخرج واللاجر وهذا تنصيص منه على انه انفسخ لكنه
يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته
لانه جزء من المعقود عليه واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه
انفسخت الاجارة لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة
لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها
لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه
من المعنى قال ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان
المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه كما هو لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للموجر
فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق
القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع دفع الحاجة وفوات
بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف
البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا
يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة قال وتفسخ
الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع
عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة
وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به
اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به
وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن استاجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن
الوجع او استاجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فاختلعت منه ينفسخ الاجارة
لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا من استاجر دكانا في السوق
ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من آجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على
قضائها الا بثمن ما آجر فسخ القاضي العقد وباعها في الدين لان في الجري
على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق
على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي العقد اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي
في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا
انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي
ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه
الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان
العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء
لظهور العذر ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى
على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته او لطلب غريمه
فحضر او للتجارة فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان
يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره ولو مرض الموجر فقعد فكذا الجواب
على رواية الاصل وروى الكرخي انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة

دون الاختيار ومن اجر عبدا ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح وانه امر زائد قال

واذا استاجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده وهو راس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر فراس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استاجر دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل اخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا العامل شخصان فامكنهما ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر اشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا اجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبته حتى لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر

مسائل منثورة

ومن استاجر ارضا او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شيء في ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبيب فاشبه حافر البئر في داره

وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل ومن استاجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع له وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقق الرضا وان استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز له ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

باب المكاتب

قال واذا كاتب المولى عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل

على الاباحة لغالة الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية معلقة به والمراد
بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل
ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد
من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة
دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد
ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد رضي
الله عنه ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد
يثبت من غير التصريح به كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع ويجوز ان يشترط
المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حالا ولا بد من
نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف
السلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على
العقد عليها فيثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة
والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف
السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان
مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على
المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد في الرق وتجوز كتابة العبد الصغير
اذا كان يعقل الشراء والبيع لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول

والتصرف نافع في حقه والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه وهو بناء على
مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشرى
لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد
ما دفع ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا والاخر
كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير
الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية
ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص لا تكون
مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى
ولم يخرج من ملكه اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية
يده الى مالكية نفسه او لتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشرى
والخروج الى السفر وان نهاه المولى واما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ولانه
عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره
لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه فان اعتقه عتق بعتقه
لانه مالك لرقبته وسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول
العتق به وقد حصل دونه واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت
اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه
والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان

جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية لما بينا وان اتلفها الاجنبي غرم لان المولى
كالاجنبي في حق اكسابه ونفسه اذ لو لم يجعل كذلك لأتلفه المولى فيمتنع حصول
الغرض المبتغى بالعقد

فصل في الكتابة الفاسدة

واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر
او الخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد
واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة
وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص على موجب العقد الفاسد
لانه موجب للقيمة فان ادى الخمر عتق وقال زفر رحمه الله لا يعتق الا باداء
قيمته لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتق باداء الخمر
لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة
رحمه الله انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق
بالشرط وصار كما اذا كاتب على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه
الفرق بينهما وبين الميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد
فيه وموجبه العتق عند اداء العوض المشروط واما الميتة فليست بمال اصلا فلا
يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا
عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد
وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع ولا ينقص عن

المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة
ما بلغت كما في البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي
بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب القيمة بالغة ما بلغت وفيما
اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى
العقد فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث
لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناسه
فلا يثبت العتق بدون ارادته وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز
لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه
الالف درهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم
دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رحمه الله رواه الحسن انه يجوز حتى اذا ملكه
وسلمه يعتق وان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم
موهومة فاشبه الصداق قلنا العين في المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط
الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح
لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه اولى
فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رحمه الله انه يجوز لانه يجوز البيع عند
الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز اعتبارا بحال
عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع انه لا يفيد ملك المكاتب منه شيء وهو

المقصود لأنه إنما يثبت للحاجة إلى الأداء منها والحاجة فيما إذا كان البدل
عينا معتبرا بالمسلم فيه على ما بيناه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز أجاز
ذلك أو لم يجز غير أنه عند الإجازة يجبر على تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم
قيمته فأشبه النكاح وأجاب صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب
ذلك العين فعن أبي حنيفة رواه أبو يوسف رحمهما الله أنه إذا أداه
لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد إلا إذا قال له إذا أديت إلي
فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله وعنه
أنه يعتق بأداء ذلك وإن لم يقل لأن العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى
مالا فيعتق بأداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان
وهي مسألة الكتابة على الأعيان وقد عرف ذلك في الأصل وقد ذكرنا
وجه الروايتين في كفاية المنتهى وإن كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى
عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
أبو يوسف هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد
وسط فيبطل منها حصة العبد فيكون مكاتبا بما بقي لأن العبد المطلق
يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو
الأصل في أبدال العقود ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وإنما
يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى **قال** وإذا

كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة ومعناه أن يبين
الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف إلى الوسط ويجبر على قبول
القيمة وقد مر في النكاح أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لأنه يشمل
أجناسا فتتفاحش الجهالة وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة
ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الأجل وقال الشافعي
رحمه الله لا يجوز وهو القياس لأنه معاوضة فأشبه البيع ولنا أنه معاوضة
مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح والجامع
أنه يبنى على المسامحة بخلاف البيع لأنه مبني على المماكسة وإذا كاتب النصراني
عبده على خمر فهو جائز معناه إذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لأنها مال في حقهم
بمنزلة الخل في حقنا وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر
وتملكه وفي التسليم ذلك إذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب
قيمته وهو بخلاف ما إذا تبايع الذميان خمرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على
ما قاله البعض لأن القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فإنه لو كاتب على وصيف
وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة أما البيع لا ينعقد صحيحا
على القيمة فافترقا فإذا قبضها عتق لأن في الكتابة معنى المعاوضة فإذا وصل أحد
العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما إذا كان العبد
مسلما حيث لم تجز الكتابة لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أداها عتق

وقد بيناه من قبل

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لأن موجب الكتابة
أن يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله إلى مقصوده
وهو نيل الحرية بأداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر
لأن التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج إلى المسافرة ويملك البيع
بالمحاباة لأنه من صنيع التجار فإن التاجر قد يحابي في صفقة ليربح
في الأخرى فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا
لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة
الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لأنه شرط لم
يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لأن الكتابة تشبه
البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما إذا شرط
عليه خدمة مجهولة لأنه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا
هو الأصل أو نقول إن الكتابة في جانب العبد إعتاق لأنه إسقاط الملك
وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر إعتاقا في حق هذا الشرط والإعتاق
لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا يتزوج إلا بإذن المولى لأن الكتابة فك الحجر
مع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود والتزوج ليس وسيلة
إليه ويجوز بإذن المولى لأن الملك له ولا يهب ولا يتصدق إلا بالشيء

اليسير لأن الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه إلا أن الشيء اليسير
من ضرورات التجارة لأنه لا يجد بدا من ضيافة وإعارة ليجتمع عليه
المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل
لأنه تبرع محض وليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه
نفسا ومالا لأن كل ذلك تبرع ولا يقرض لأنه تبرع ليس من توابع الاكتساب
فإن وهب على عوض لم يصح لأنه تبرع ابتداء فإن زوج أمته جاز لأنه اكتساب
المال فإنه يتملك به المهر فدخل تحت العقد وكذلك إن كاتب عبده
والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لأن مآله العتق
والمكاتب ليس من أهله كالإعتاق على مال وجه الاستحسان أنه عقد
اكتساب للمال فيملكه كتزويج الأمة وكالبيع وقد يكون هو أنفع له من البيع لأنه
لا يزيل الملك إلا بعد وصول البدل إليه والبيع يزيله قبله ولهذا
يملكه الأب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف
الإعتاق على مال لأنه يوجب فوق ما هو ثابت له فإن أدى الثاني قبل
أن يعتق الأول فولاؤه للمولى لأن له فيه نوع ملك وتصح إضافة الإعتاق
إليه في الجملة فإذا تعذر إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية أضيف
إليه كما في العبد إذا اشترى شيئا فلو أدى الأول بعد ذلك وعتق
لا ينتقل الولاء إليه لأن المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق

فان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت
الولاء وهو الاصل فيثبت له وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه
او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه
اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في
ذمة المفلس وكذا الثاني لانه اعتاق على مال حقيقة واما الثالث
فلانه تنقيص العبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج
الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر وكذلك الاب والوصي في
رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولانه تزويج
الامة والكتابة نظر له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية واما المأذون له
فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة
عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة ولهما ان المأذون له يملك التجارة
وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة
المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا
لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد **فصل** واذا اشترى المكاتب اباه
او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل
مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا يرى ان الحر متى كان يملك الاعتاق

يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة
ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير
ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد
والولد ولا يكفي لغيرهما حتى لا تجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت
بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا
اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه
ولو اعتق لا يكون له فسخه واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها
ومعناه اذا كان معها ولدها اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا واما امتناع
بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها وان لم
يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانها ام ولد
خلافا لابي حنيفة رحمه الله وله ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولد
لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا انه يثبت هذا الحق
فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت يثبت
ابتداء والقياس ينفيه وان ولد له ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا في المشترى
فكان حكمه كحكمه وكسبه له لان كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل
الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذا اذا ولدت المكاتبة

ولدًا لان حق امتناع البيع ثابت فيهما مؤكدا فيسري الى الولد كالتدبير
والاستيلاد قال ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه
ولدًا دخل في كتابتها وكان كسبه لها لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها
في الرق والحرية وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت
منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا ياخذهم بالقيمة وكذلك العبد ياذن له
المولى بالتزوج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
اولادها احرار بالقيمة لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور
وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية اولاده ولهما انه مولود بين
رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية
خالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه
لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متاخرة الى ما بعد العتاق
فيبقى على الاصل ولا يلحق به وان وطئ المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن
المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في المكاتبة وان وطئها
على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك الماذون له ووجه
الفرق انه في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة
وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه لولا
الشرى لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر اما لم يظهر في الفصل

الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة واذا اشترى
المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها اخذ بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد
الماذون له لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة
والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى

فصل

واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت
نفسها وصارت ام ولد له لانه تلقتها جهتا حرية عاجل ببدل وآجل بغير بدل
فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها
وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا مضت على الكتابة اخذت العقر
من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ثم ان مات المولى عتقت
بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت مالا تؤدي منه مكاتبتها
وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة فان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر
ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع وماتت
من غير وفاء سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق
وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها واذا كاتب المولى ام
ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي
بينهما لانه تلقتها جهتا حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها
بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء

فاذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطل الكتابة لامتناع
ابقائها من غير فائدة غير انه يسلم لها الاكساب والاولاد لان ~~الفسخ لنظرها~~
الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها
والنظر فيما ذكرنا ولو ادت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية
وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما
الثابت مجرد الاستحقاق وان مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين ان تسعى
في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
رحمه الله تسعى في الاقل منهما وقال محمد رحمه الله تسعى في الاقل من ثلثي القيمة وثلثي
بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار وابو يوسف مع ابي حنيفة رحمهما الله في
المقدار ومع محمد في نفي الخيار اما الخيار ففرع تجزي الاعتاق عنده لما تجزى
بقي الثلثان عبدا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالكتابة ومؤجل بالتدبير فتخير
وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة وجب عليها احد المالين فتختار الاقل
لا محالة فلا معنى للتخيير واما المقدار فلمحمد رحمه الله انه قابل البدل بالكل
وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال ان يجب البدل بمقابلته الا يرى انه لو
سلم لها الكل بان خرج من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط
الثلث وصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثي
رقبتها فلا يسقط منه شيء وهذا لان البدل وان قوبل بالكل صورة وصيغة

لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا والظاهر
ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما اذا طلق امرأته
ثنتين ثم طلقها ثلثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة
الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسألة التي تليه لان البدل
مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا وان دبر مكاتبته صح التدبير لما
بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة
لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال
له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا
اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا واذا اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام
ملكه فيه وسقط بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه
فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد
والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب لانا نبقي
الكتابة في حقه وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة
فهو جائز وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال
فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان
الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له حكم

قوله فكان ربوا كيف يصح نتيجة لما ذكر قبله من التعليل بان احد العوضين ليس بمال

الف فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق باداية بحكم الشرط واذا قبل العبد
صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل
على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط
والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق عتقه
باداء القابل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف العبد وقيل هذه
هي صورة مسألة الكتاب ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع
واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب فان ادى الشاهد
او الغائب عتقا ومعنى المسألة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على
نفسي وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح
على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه
الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه
اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت
دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا باداءها وليس عليهم من البدل
شيء واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان ياخذه بكل
البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء
لانه تبع فيه وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل
عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن

المال وبدل الكتابة مال من وجه دون وجه والاجل مال من وجه فيكون شبهة
الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا الاجل فيه شبهة
واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته الف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز
الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا الا ان له ان يترك
الزيادة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يؤدي ثلثي الالف
حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله
ان يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير
بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل
فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه بمقابلة
ما لم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا اذا باع المريض داره
بثلاثة الاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري اد ثلثي
جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة
لا فيما زاد عليه لما بينا وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة
ادى ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة ههنا في القدر والتأخير
فاعتبر الثلث فيهما

باب من كاتب عن العبد

واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب
وصورة المسألة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك

اذا ادى كان للذين يحمل المرهون الى ان يقبل لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه وانما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر فيه قال وليس للمولى ان ياخذ الغائب بشئ لما بينا وان قبل العبد الغائب او لم يقبل فليس ذلك منه بشئ والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف ووكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز

قال واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة واذا ادعى الثاني ولدها الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هي ام ولد للاول ولا يجوز وطء الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد للاول

قبل العجز وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه
من وقت الوطء فتبين أنه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك
بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور على ما مر وهي أم ولد للأول لأنه تملك نصيب شريكه
وكمل الاستيلاد على ما بيناه ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة
ونصف قيمتها لأنه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد
ولد الأول لأنه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا
ووجهه ما بيناه وإن كانا كاتباها ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت
ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يرجع عليها لأنها لما عجزت وردت في الرق تصير كأنها لم تزل قنة
والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسألة تجزي
الإعتاق وقد قررناه في العتاق فأما قبل العجز فليس له أن يضمن المعتق
عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الإعتاق لما كان يتجزى عنده كان أثره أن يجعل
نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لأنها مكاتبة قبل ذلك
وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا
إن كان موسرا ويستسعي العبد إن كان معسرا لأنه ضمان إعتاق فيختلف
باليسار والإعسار وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه
الآخر وهو موسر فإن شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته وإن شاء

لأن أمومية الولد تجب تكميلها بالإجماع ما أمكن وقد أمكن بفسخ الكتابة لأنها
قابلة للفسخ فيفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف
التدبير لأنه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لأن في تجويزه إبطال الكتابة
إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا وإذا صارت كلها أم ولد له فالثاني وطئ أم ولد
الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير أنه لا يجب عليه الحد
للشبهة ويلزمه جميع العقر لأن الوطء لا يعرى عن إحدى الغرامتين وإذا بقيت الكتابة
وصارت كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لأن الكتابة انفسخت فيما
لا يتضرر به المكاتب ولا يتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل لأن
الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي إبقائه
في حقه نظر للمولى وإن كان لا يتضرر المكاتب بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطي العقر
لاختصاصها بأبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد إلى المولى لظهور اختصاصه
على ما بيناه ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف رحمه الله نصف قيمتها
مكاتبة لأنه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان
التملك وفي قول محمد رحمه الله يضمن الأقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من
بدل الكتابة لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل
على اعتبار الأداء فللتردد بينهما يجب أقلهما وإذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها
ثم عجزت بطل التدبير لأنه لم يصادف الملك أما عندهما فظاهر لأن المستولد تملكها

استسعى العبد وان شاء اعتق وان اعتق احدهما ثم دبر الآخر لم يكن له ان يضمن
المعتق ويستسعى او يعتق وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ووجهه ان التدبير يتجزى
عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة
الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين
والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه
فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه
قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم
المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلثة البيع واشباهه والاستخدام
وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه
بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق وان اعتقه
احدهما اولا كان للآخر الخيارات عنده فاذا دبر لم يبق له خيار التضمين وبقي
خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله اذا دبره احدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك
نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا
يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن وان
اعتقه احدهما فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزى فيعتق كله فلم يصادف
التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في ذلك

ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقتضيه او مال يقدم
لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين او الثلثة نظرا للجانبين والثلث هي المدة التي
ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه فان
لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى
على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه
مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول النجم فلا بد من امهال مدة استيسارا واولى المدد
ما توافق عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز
عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى
المال عند حلول النجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه بخلاف اليومين
والثلثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا والآثار متعارضة فان المروي
عن ابن عمر رضي الله عنه ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج
بها فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز لان
الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء
بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضا كالرد بالعيب بعد القبض

وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده
من الأكساب لمولاه لأنه ظهر أنه كسب عبده وهذا لأنه كان موقوفا عليه أو على
مولاه وقد زال التوقف فإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة
وقضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي فهو
ميراث لورثته ويعتق أولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما
وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت
عبدا وما تركه لمولاه وإمامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه ولأن المقصود
من الكتابة عتقه وقد تعذر إثباته فيبطل وهذا لأنه لا يخلو إما أن يثبت بعد الممات
مقصودا أو يثبت قبله أو بعده مستندا لا وجه إلى الأول لعدم المحلية
ولا إلى الثاني لفقد الشرط وهو الأداء ولا إلى الثالث لتعذر الثبوت في الحال
والشيء يثبت ثم يستند ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين
وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد
إحياء للحق بل أولى لأن حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد من جانبه والموت
أنفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء
إلى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كأدائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه
في الخلافيات وإن لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة
أبيه على نجومه فإذا أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد لأن الولد داخل في

133 — 139

Boş Numara

بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان
دفعها ثلث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد مات رب
الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط
وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة
الحقين بخلاف سنة الثانية والثالثة انه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما
على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعدما كرب الارض وحفر الانهار
انتقضت المزارعة انه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة
ما عمل كما نبينه ان شاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض
فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض
وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم
الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع
لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من
الحبس ان كان حبسه بالدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء
الظلم واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل
نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه
حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما
كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا

بخلاف ما إذا مات رب الأرض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لأن
هناك أبقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل أما ههنا العقد قد
انتهى فلم يكن هذا إبقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه
فإن أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وأمر القاضي فهو متطوع لأنه لا ولاية
له عليه ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الإضرار
بالمزارع ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلا قيل لصاحب الأرض اقلع الزرع فيكون
بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لأن
المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد
ترك النظر لنفسه ورب الأرض مخير بين هذه الخيارات لأن بكل ذلك يستدفع
الضرر ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل إلى أن يستحصد
الزرع وأبى رب الأرض فلهم ذلك لأنه لا ضرر على رب الأرض ولا أجر لهم بما عملوا
لأنا أبقينا العقد نظرا لهم فإن أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا
والمالك على الخيارات الثلاثة لما بينا قال وكذلك أجرة الحصاد والرفاع
والدياس والتذرية عليهما بالحصص فإن شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا
الحكم ليس يختص بما ذكرنا من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل
هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك أن العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول
المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فتجب مؤنته عليهما وإذا شرطا في العقد ذلك

ولا يقتضيه وفيه منفعة لأحدهما يفسد العقد كشرط الحمل أو الطحن على العامل
وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز إذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع
وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله هذا هو الأصح
في ديارنا فالحاصل أن ما كان من عمل قبل الإدراك كالسقي والحفظ فهو على العامل
وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس
وأشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل
إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الإدراك كالجذاذ
والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجذاذ على العامل لا يجوز بالاتفاق لأنه لا عرف فيه وما كان
بعد القسمة فهو عليهما لأنه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الأرض
لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه ولو أراد فصل القصيل أو جذ التمر بسرا أو التقاط
الرطب فذلك عليهما لأنهما أنهيا العقد لما عزما على الفصل والجذاذ بسرا فصار
كما بعد الإدراك

كتاب المساقاة

قال أبو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة إذا ذكر مدة معلومة
وسمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة هي المعاملة والكلام فيه كالكلام في المزارعة
وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة إلا تبعا للمعاملة لأن
الأصل في هذا المضاربة والمعاملة أشبه بها لأن فيه شركة في الزيادة دون الأصل
وفي المزارعة لو شرطا الشركة في الربح دون البذر بأن شرط رفعه من رأس الخارج

يفسد بجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض
والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيه لانه اجارة معنى كما في المزارعة
وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمرة تخرج لان الثمر لادراكها
وقت معلوم وقلما تتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة
في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع
لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة
وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان
المدة لانه يتفاوت بقوة الارض وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع
نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه
ليس لذلك نهاية معلومة لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء
مشاعا لما بيناه في المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة فان سميا في المعاملة
وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة
في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتاخر عنها جازت لعدم التيقن بفوات المقصود
ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تاخر فللعامل اجر المثل
لفساد العقد لانه تبين الخطا في المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف
ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فبقي العقد صحيحا
ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه **قال** ويجوز المساقاة في النخل والشجر

والكرم والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي رحمه الله في الجديد لا تجوز الا
في النخل والكرم لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز
للحاجة وقد عمت واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها كانوا يعملون في الاشجار والرطاب
ايضا ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون معلولة سيما على اصله وليس لصاحب
الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس
للعامل ان يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر لما
قدمناه **قال** فان دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة والثمرة تزيد بالعمل جاز وان
كانت قد انتهت لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو استحصد
وادرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو جوزناه
لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل
قال واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة
وصار كالمزارعة اذا فسدت **قال** وتبطل المساقاة بالموت لانها في معنى الاجارة
وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم
قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد
دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين ان يقتسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان
ينفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق
الضرر بهم وقد بيناه في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره

رب الارض الا نفيه النظر من الجانبين فان ارادوا ان يصرموه يشتركان صاحب
الارض من الخيارات الثلاثة التي بيناها وان مات جميعا فالخيار لورثة
العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافه في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار
الى وقت الادراك الا ان يكون وراثة في الخيار فان ابى ورثة العامل ان يقوموا
عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا واذا انقضت مدة المعاملة
والخارج بسر اخضر وهذا والاول سواء وللعامل ان يقوموا عليها الى ان يدرك
لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الارض
يجوز استئجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليهما
لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق العمل عليه وههنا
لا اجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها **قال** وتفسخ بالاعذار
لما بيناه في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون العامل سارقا
يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا لم
يلتزمه فتفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه
استئجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل عذرا ولو اراد العامل
ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتاويل احدهما ان يشترط
العمل بيده فيكون عذرا من جهته ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة
يغرس فيها شجرا على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين

لم يجز ذلك لاشتراطه الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغرس
لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل لانه في معنى قفيز الطحان
اذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد
الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقوّمها
بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا اصحهما

كتاب الذبائح

الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولان بها يتميز الدم النجس من اللحم
الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره فانها تنبئ عنهما ومنه
قوله عليه السلام ذكوة الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين
واضطرارية وهو الجرح في اي موضع من البدن والثاني كالبدل عن الاول لانه
لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول اعمل في اخراج
الدم والثاني اقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن
شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي
وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى **قال** وذبيحة
المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم
ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امرأة اما
اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية فالذبيحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص

وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف والمجنون سواء لما ذكرنا
واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط
قيام الملة على ما مر قال والا تؤكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم
سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت
الملة اعتقادا ودعوى قال والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل
اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه
عند الذبح لا ما قبله قال والوثني لانه لا يعتقد الملة قال والمحرم يعني من
الصيد وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكاة
فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم يكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد
او ذبح في الحرم غير الصيد لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يؤمن الشاة ولذا ذبحه
لا تحرم على المحرم قال وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل
وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي رحمه الله اكل في الوجهين وقال مالك رحمه الله
لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية
عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي رحمه الله مخالف للاجماع
فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في
متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنه انه يحرم ومن مذهب علي
وابن عباس رضي الله عنهما انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف

والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي
بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام المسلم يذبح على
اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان
كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب
وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه نهي وهو للتحريم والاجماع وهو
ما بيناه والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه فانه عليه السلام
قال في آخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية
ومالك رحمه الله يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من
الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره
اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول
والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول
على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح
وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح
وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا
اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى واصاب
غيره حل وكذا في الارسال ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح باخرى اكل ولو سمى
على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل قال ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا

غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلث مسائل احدها
ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا يحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره
ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره
لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف
والشركة بان يقول باسم الله واسم فلان او يقول باسم الله وفلان او باسم الله ومحمد رسول الله
بكسر الدال تحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى
بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده وهذا لا باس به لما روي عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد عليه السلام ممن شهد لك
بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله
عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال
الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح
الروايتين لانه يريد به الحمد لله على نعمه دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله
بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها
صواف قال والذبح ما بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح
في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة
واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم
الكل سواء قال والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمريء والودجان

لقوله صلى الله عليه وسلم افر الاوداج وانهر الدم بما شئت وهي اسم جمع واقله الثلاث
فيتناول المريء والودجين وهو حجة على الشافعي رحمه الله في الاكتفاء بالحلقوم
والمريء الا انه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه
وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رحمه الله ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها
وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا بد من قطع الحلقوم والمريء واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري
رحمه الله الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله ان هذا قول ابي يوسف
رحمه الله وحده وقال في الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج
لم يؤكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا
واختلفت الرواية فيه والحاصل ان عند ابي حنيفة رحمه الله اذا قطع الثلاث اي ثلث
كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف رحمه الله اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد
رحمه الله انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان
كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر
اكثر كل واحد منها ولابي يوسف رحمه الله ان المقصود من قطع الودجين انهار
الدم فينوب احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم يخالف
المريء فانه مجرى العلف والماء والمريء مجرى النفس فلا بد من قطعهما
ولابي حنيفة رحمه الله ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها

نعتد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية
في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام ويخرج الدم بقطع
احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر
باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة **قال** ويجوز الذبح بالظفر والقرن
والسن اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله بأس الا انه يكره هذا الذبح وقال الشافعي
المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر
والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع
ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول
على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود
وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون
في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الادمي ولان فيه اعسارا بالحيوان
وقد امرنا فيه بالاحسان **قال** ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم
الا السن القائم والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد رحمه الله في الجامع
الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل
لا بأس وفي الحرمة يقول يكره او لم يؤكل **قال** ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله
عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم
فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد

الشفرة لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه رأى رجلا اضجع شاة
وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها
قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الرأس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته وفي بعض النسخ
قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه نهى عن ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرناه وقيل
معناه ان يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب
وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان
بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل ان ما فيه زيادة الم لا يحتاج اليه في الذكاة
مكروه ويكره ان يجر ما يريد ذبحه برجله الى المذبح وان تنخع الشاة قبل ان
تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا الم فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة
لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال
تؤكل ذبيحته **قال** فان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق
حل لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار
كما اذا اخرجها ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت
بما ليس بذكاة فيها **قال** وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش
من النعم فذكاته العقر والجرح لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز
عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول

وكذا ما ند من النعم لما بينا وقال مالك رحمه الله
لا يحل بذكوة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة
العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب
اطلق فيما توحش من النعم عن محمد رحمه الله ان الشاة اذا ندت في الصحراء
فذكوتها العقر وان ندت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن
اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان
عن نفسهما فلا يقدر على اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند اذا كان
لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكوة حل اكله قال والمستحب
في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز
ويكره اما الاستحباب لموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها في المنحر وفيهما
في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقول
مالك رحمه الله انه لا يحل قال ومن نحر ناقة او ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا
ميتا لم يوكل اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر والحسن بن
زياد رحمهم الله وقال ابو يوسف ومحمد اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي رحمه الله
لقوله عليه السلام ذكوة الجنين ذكوة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه متصل بها حتى
يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع
الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكوة له عند العجز

عن ذكوته كما في الصيد وله انه اصل في الحيوة حتى يتصور حياته بعد موتها وعند ذلك
يفرد بالذكوة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه
وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكوة وهو
التميز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل
تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل
فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا للجواز كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها
كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

قال لا يجوز
اكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور لان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع
ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب
او ناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عادي عادة ومعنى التحريم والله اعلم
كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل
فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي رحمه الله في اباحتهما والفيل
ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا اكل الرخم
والبغاث لانهما ياكلان الجيف قال ولا باس بغراب الزرع لانه ياكل الحب
وليس من سباع الطير ولا يوكل الابقع الذي ياكل الجيف وكذا الغداف وقال
ابو حنيفة رحمه الله لا باس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاجة وعن ابي يوسف

انه يشبه الا ان غالب اكله الجيف قال ويكره اكل الضبع والضب والسلحفات
والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي عليه السلام
نهى عائشة رضي الله عنها عنه حين سألته عن اكله وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اباحته
والزنبور من المؤذيات والسلحفات من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله
شيء وانما يكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال ولا يجوز اكل الحمر الاهلية
والبغال لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن لحوم الخيل
والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اهدر المتعة وحرم
لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول مالك
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بأس باكله لحديث جابر رضي الله عنه انه قال نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة
قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل
من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب
العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل
آلة الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد رضي الله عنهما والترجيح للمحرم
ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح اما لبنه فقد
قيل لا بأس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد قال ولا بأس باكل الارنب
لان النبي صلى الله عليه وسلم اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل

منه وانه ليس من السباع ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي قال واذا
ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر لحمه وجلده الا الآدمي والخنزير فان الذكاة لا تعمل
فيهما فالآدمي لحرمته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي رحمه الله الذكاة
لا تؤثر في جميع ذلك لانه لا يؤثر في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد
تبعا ولا تبع بدون الاصل وصار كذبح المجوسي ولنا ان الذكاة تؤثر في ازالة الرطوبات
والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا
الحكم مقصود في الجلد كتناول اللحم وفعل المجوسي اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما
يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع
في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة
والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الاكل قال ولا يؤكل من حيوان الماء
الا السمك وقال مالك رحمه الله وجماعة باطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير
والكلب والانسان وعن الشافعي رحمه الله انه اطلق ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع
واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر
هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء
والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك
خبيث ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع
السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة

المذكور فيما روي في الكبد والطحال مستثنى عن ذلك بقوله عليه السلام احلت
لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال
قال ويكره اكل الطافي منه وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا باس بالطافي
لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضي الله
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء
فكلوا وما طفا فلا تاكلوا وعن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل مذهبنا
وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة **قال**
ولا باس باكل الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد من غير ذكوة وقال مالك رحمه الله
لا يحل الجراد الا ان يقطع الحاطب راسه او يشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله
جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائر الصيود وحجتنا عليه ما روينا وسئل علي رضي الله عنه
عن الجراد ياخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد
من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة
لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات بآفة
يحل كالماخوذ واذا مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها
في كفاية المنتهي ويعقل لو قطع بعضها فمات يحل اكل ما ابين
وما بقي لان موته بآفة وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد
روايتان

كتاب الاضحية

قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده
الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين
عن ابي يوسف رحمهم الله وعنه انها سنة وذكر في الجامع وهو قول الشافعي رحمه الله وذكر
الطحاوي رحمه الله ان على قول ابي حنيفة واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد سنة مؤكدة
وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله صلى الله عليه وسلم من اراد
ان يضحي منكم فلا ياخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها
لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكوة
وصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا
ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة تضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى
وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو
المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على
المسافر استحضارها ويفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة
فيما روي والله اعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام
في رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتادى الا بالملك
والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط
السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم وبالوقت وهو يوم الاضحى
لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه

على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه
رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله وروي عنه انه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية
بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك راس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير
وهذه قربة محضة والاصل في القرب ان لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده
وان كان تجب عنه صدقة الفطر وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من
ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي
من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية
من مال الصغير في قولهم جميعا لان القربة تتادى بالاراقة والصدقة بعدها
تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان ياكل كله والاصح ان يضحي من ماله
وياكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة
او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة والقياس ان لا تجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي
القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول
الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على
اصل القياس ويجوز عن خمسة او ستة او ثلثة ذكره محمد رحمه الله في الاصل لانه لما جاز
عن السبعة فعمن دونهم اولى ولا يجوز عن ثمانية اخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان
نصيب احدهم اقل من السبع ولا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه
ان شاء الله تعالى وقال مالك رحمه الله يجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة

ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام
اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له يؤيده
ما يروى على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين
تجوز في الاصح لانه لما جاز ثلثة الاسباع جاز نصف السبع تبعا له واذا
جازت الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه
شيء من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه
ثم اشترك فيها ستة معه اجزاهم استحسانا وفي القياس لا يجزيه وهو قول زفر رحمه الله
لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان انه قد يجد
بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة
اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن
ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة
رحمه الله انه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا قال وليس على الفقير والمسافر
اضحية لما بينا وابو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي
رضي الله عنه ليس على المسافر جمعة ولا اضحية قال ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر
من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد
فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من ذبح قبل الصلوة فليعد
ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام

انا لو تسلّمنا ان هذا اليوم يوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا يشترط تقديم الصلوة عليه
الصلوة وهو المصري دون اهل السواد وان التاخير لاحتمال التشاغل عن الصلوة
فلا معنى للتاخير في حق القروي ولا صلوة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله
في نفي الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت
في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة
المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا
لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة
بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف
صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى
اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزأه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا
بها اجزأتهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا قال
وهي جائزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي ثلثة ايام بعده
لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس
رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الرأي
لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضلها
اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح
في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلثة وايام التشريق ثلثة

والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير واخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق
والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق
تطوع محض فتفضل عليها ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات
كلها فنزلت منزلة الطواف والصلوة في حق الافاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان
اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد اشترى للتضحية تصدق بها حية وان كان غنيا
تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية
عندنا فاذا فات الوقت وجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها
ظهرا والصوم بعد العجز فدية قال ولا يضحي بالعمياء والعوراء والعرجاء
التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء لقوله عليه السلام لا تجزي في الضحايا اربعة العوراء
البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي
قال ولا تجزي مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله صلى الله عليه وسلم
استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود
فصار كالاذن قال ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقي اكثر الاذن والذنب
جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا
واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع
من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل اجزأه وان كان اكثر لم يجزه لان الثلث
ينفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا ينفذ الا برضاهم

فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى
الثلث لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله اذا بقي الاكثر من النصف اجزاه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في
الصلوة وهو اختيار الفقيه ابي الليث وقال ابو يوسف رحمه الله اخبرت بقولي
ابا حنيفة فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف رحمه الله
وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف
العضو عن ابي يوسف رحمه الله ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد
العين المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب اليها العلف قليلا قليلا فاذا راه من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة
وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا راه من مكان اعلم عليه ثم نظر الى
تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف قال
ويجوز ان يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة
القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين
املحين موجوءين قال والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه
لا يخل بالمقصود واما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء ان كانت سمينة جاز
لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب في اللحم
فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر

في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به اجزاه لحصول المقصود
والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز لان مقطوع اكثر الاذن اذا كان
لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة
وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها
وان كان فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم
تتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما
في نصاب الزكوة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر
مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت
الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احداهما وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها
فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزاه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي
رحمهما الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكانه حصل به اعتبارا
وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد
فوره عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف لانه حصل بمقدمات الذبح قال
والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها
من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم قال ويجزي من ذلك
كله الثني فصاعدا الا الضان فان الجذع منه يجزي لقوله عليه السلام ضحوا
بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضان وقال صلى الله عليه و

نعم الاضحية الجذع من الضان قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط
بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضان ما تمت له ستة اشهر في
مذهب الفقها وذكر الزعفراني رحمه الله انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن
المعز ابن سنه ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لانه
من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية
حتى اذا نزا الذيب على الشاة يضحى بالولد قال واذا اشترى سبعة بقرة
ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم وان كان
شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجهه ان البقرة
تجزي عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية
والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه
الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى
عن امته على ما ذكرنا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا قصد
اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى في حق القربة لم يقع الكل ايضا
قربة فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف
انه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت
كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولا على الميت ولو ذبحها عن صغير في الورثه
او ام ولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثه

لا يجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثه فكان قربة قال ويأكل
من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله صلى الله عليه وسلم كنت
نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز
ان يؤكله غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة من الثلث لان الجهات ثلثة الاكل
والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا
قال ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع
والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا باس بان يشتري به ما ينتفع
بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا
يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم
والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد
او اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت
الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة
البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا يعطي اجر الجزار منها
لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط
اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز
صوف اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها
بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به

في الصوف قال والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه فالافضل ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب قال ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكوة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكوة فكان افسادا قال واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الاخر اجزى عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية في القياس وهو قول زفر رحمه الله وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح اذنا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها لعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان اخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطته او رفع جرته فانكسرت او حمل

على دابته فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته او جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه او رفع الجرة وامالها الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق فاوقد هو النار فيه فطبخه او ساق الدابة فطحن او اعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل ما سقط على دابته فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا نقول في مسئلة الكتاب يذبح كل واحد منهما اضحية غيره بغير اذنه صريحا فهي خلافية زفر بعينها ويتاتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فياخذ كل واحد منهما مسلوخه من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فاذا كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح

كتاب الكراهية

قال الشيخ الامام الاجل رحمه الله تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رحمه الله نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه

لفظ الحرام وعن ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف انه الى الحرام اقرب وهو يستعمل في فصول

منها **فصل في الاكل والشرب** قال ابو حنيفة رحمه الله يكره لحوم الاتن والبانها

وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا باس بابوال الابل وتاويل قول ابي يوسف انه

لا باس بها للتداوي وقد بيناه هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها واللبن

متولد من اللحم فاخذ حكمه قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب

في انية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام في الذي يشرب من اناء الذهب

والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم واتى ابو هريرة رضي الله عنه بشراب في اناء فضة

فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا ثبت هذا في الشرب فكذا

في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين والمسرفين

وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي

وكذا الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما اشبه ذلك

كالمكحلة والمرآة وغيرها لما ذكرنا قال ولا باس باستعمال انية الرصاص

والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي رحمه الله يكره لانه في معنى الذهب والفضة

في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة

ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة رحمه الله والركوب على السرج المفضض والجلوس

على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع الفم

وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف

رحمه الله يكره ذلك وقول محمد رحمه الله يروى مع ابي حنيفة ويروى مع ابي

يوسف رحمهم الله وعلى هذا الاختلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب

بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا

وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه

كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص واما التمويه الذي لا يخلص

فلا باس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل

موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة رحمه الله ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره

كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال ومن

ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم

وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل

ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان

كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم

لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال ويجوز ان يقبل في الهدية

والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء

وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في

السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني

مولاي اليك هدية وسعه ان ياخذها لانه لا فرق فيما اذا اخبرت باهداء

156

[redacted]

المولى ليكون اذنها او بعثها لما قلنا **قال** ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا او مسلما عبدا او حرا ذكرا او انثى دفعا للحرج اما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق فيه سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الراي **قال** ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضا به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رايه انه صادق يتيمم ولا يتوضا به وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري فمجرد ظن ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضا به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك

الا الضرورة وما رواه محمول على المخلوط **قال** ولا بأس بلبس ما سداه

حرير ولحمته غير حرير كقطن وخز في الحرب وغيره لان الصحابة رضي

كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا

الخز اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان في الماء

بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف

اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز بأسا

لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس **قال** وما كانت لحمته حرير

او سداه غير حرير لا بأس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار

للحمة على ما بينا **قال** ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا

بالفضة لانها في معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة

هذا اذا لم يرد به التزين وذكر الامام المحبوبي وان يختم

تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد

كيف وقد جاء في اباحة ذلك اثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة

وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله صلى

الله عليه وسلم على رجل خاتم صفر فقال ما لي اجد منك رائحة الاصنام ورأى

ورأى على آخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من

اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب

في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا

عن علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل

[redacted]

منه التحريم والاباحة صورة الختم او لمنوع وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة
والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون
من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن
وانما يتختم القاضي والسلطان لحاجته الى الختم فاما غيرهما فالافضل
ان يتركه لعدم الحاجة اليه **قال** ولا باس بمسمار الذهب يجعل في
حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له **قال**
ولا يشد الاسنان بالذهب ويشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال
محمد رحمه الله لا باس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف مثل قول كل منهما لهما
ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن
فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان يتخذ انفا من ذهب ولابي حنيفة رحمه الله
ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي
الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف
دونه حيث انتن **قال** ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب
والحرير لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر
لما حرم شربها حرم سقيها **قال** ويكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها
العرق لانه نوع تجبر وكذا التي يمسح بها الوضوء ويمتخط بها وقيل
اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وصار كالتربع

في الجلوس ولا باس بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط
للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال
قائلهم لا ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم
وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعض اصحابه بذلك ولانه
ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان

فصل في الوطي والنظر والمس

قال ولا يجوز ان ينظر الرجل الى
الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا
ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم
والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها
ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا
واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن ابي
حنيفة رحمه الله انه يباح النظر الى ذراعها ايضا لانه قد يبدو منها عادة
قال فان كان لا يامن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه السلام
من نظر الى محاسن امراة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة فاذا
خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يامن يدل على انه
لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رايه ذلك ولا يحل له ان
يمس وجهها وكفيها وان كان يامن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة

والتكبير بخلاف النظر لان فيه بلوي والمحرم قوله صلى الله عليه وسلم
من مس كف امراة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة وهذا اذا
كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها
لانعدام خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض
القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير
رضي الله عنه استاجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجله وتفلي راسه وكذا اذا
كان شيخا يامن على نفسه وعليها لما قلنا وان كان لا يامن عليها لا تحل مصافحتها
لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر
اليها لعدم خوف الفتنة قال ويجوز للقاضي اذا اراد ان يحكم
عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان
يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة
ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة والحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا
عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة اذا
اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة
بخلاف حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج امراة فلا باس بان ينظر اليها وان
علم انه يشتهيها لقوله عليه السلام فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما
ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى

موضع المرض منها للضرورة وينبغي ان يعلم امراة مداواتها لان نظر الجنس الى
الجنس اسهل فان لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر
ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار
كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان
من الرجل لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن
ابي يوسف رحمه الله انه امارة المرض قال وينظر الرجل من الرجل الى
جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته
الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست
بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي رحمهما الله والركبة عورة خلافا
لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى
منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري رحمه الله
معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة رضي الله عنه
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الركبة من العورة وابدى الحسن بن علي رضي الله عنه
سرته فقبلها ابو هريرة وقال صلى الله عليه وسلم لجرهد وار فخذك اما علمت ان
الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح
وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف
من السوءة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه

وكان يشف الشهوة يؤدي الى التحرج وما يباح النظر للرجل من الرجل يباح المس
لانهما فيما ليس بعورة سواء ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل
اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمرأة في النظر الى ما ليس بعورة
كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبي
بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان
كان في قلبها شهوة او اكبر رأيها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها
ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر
وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق
اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك اذا
اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت
من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من
المتحقق من جانب واحد **قال** وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل
ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر
الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي
حنيفة رحمه الله ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف
نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال
بالاعمال والاول اصح **قال** وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته

الى فرجها وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل
فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن امتك وامرأتك ولان ما فوق
ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل
واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع
ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان
ابن عمر رضي الله عنه يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة
قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر
والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله
تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية والمراد مواضع الزينة وهي ما ذكر
في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل
ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست من مواضع الزينة
ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها
في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا
الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهي بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف
عادة والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان او بسبب كالرضاع
والمصاهرة لوجود المعنى فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح
في الاصح لما بينا **قال** ولا بأس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة

إلى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الأجنبية وكفيها حيث
لا يباح المس وإن أبيح النظر لأن الشهوة متكاملة إلا إذا كان يخاف عليها
أو على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله صلى الله عليه وسلم العينان
تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا
بذوات المحارم أغلظ فيجتنب ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله صلى الله عليه وسلم
لا تسافر المرأة فوق ثلثة أيام ولياليها إلا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم
منها وقوله صلى الله عليه وسلم ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن
ثالثهما الشيطان والمراد إذا لم يكن محرما فإن احتاج إلى الإركاب والإنزال
فلا بأس بأن يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما إذا
أمنا الشهوة فإن خافها على نفسه أو عليها تيقنا أو ظنا أو شكا فليجتنب
ذلك بجهده ثم إن أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلا وإن لم يمكنها
يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وإن لم يجد الثياب يدفع الشهوة
عن قلبه بقدر الإمكان قال وينظر الرجل من مملوكة غيره إلى ما يجوز
أن ينظر إليه من ذوات محارمه لأنها تخرج لحوائج مولاها وتخدم أضيافه وهي
في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الأجانب كحال المرأة داخله
في حق محارم الأقارب وكان عمر رضي الله عنه إذا رأى جارية متقنعة علاها
بالدرة وقال ألقي عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر إلى بطنها

وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله أنه يباح إلا ما دون
السرة إلى الركبة لأنه لا ضرورة كما في المحارم بل أولى لقلة الشهوة فيهن
وكمال الصيانة فيهن ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وأم الولد لتحقق
الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند أبي حنيفة رحمه الله على ما عرف وأما الخلوة
بها والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة
وفي الإركاب والإنزال اعتبر محمد رحمه الله في الأصل الضرورة فيهن وفي ذوات
المحارم مجرد الحاجة قال ولا بأس بأن يمس ذلك إذا أراد الشراء
وإن خاف أن يشتهي كذا ذكر في المختصر وأطلق أيضا في الجامع الصغير ولم
يفصل قال مشايخنا رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة وإن اشتهى للضرورة
ولا يباح المس إذا اشتهى أو كان أكبر رأيه ذلك لأنه نوع استمتاع وفي غير
حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال وإذا حاضت
الأمة لم تعرض في إزار واحد ومعناه بلغت وهذا لما بينا أن الظهر والبطن منها
عورة وعن محمد رضي الله عنه أنها إذا كانت تشتهى ويجامع مثلها فهي كالبالغة
لا تعرض في إزار واحد لوجود الاشتهاء قال والخصي في النظر
إلى الأجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما
قبله ولأنه فحل يجامع وكذا المجبوب لأنه يسحق وينزل وكذا المخنث في الرديء
من الأفعال لأنه فحل فاسق والحاصل أنه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه

والطفل الصغير يستثنى بالنص قال والعبد للمملوك ان ينظر من سيدته
الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك رحمه الله هو كالمحرم وهو
احد قولي الشافعي رحمه الله لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة
لدخوله عليها من غير استيذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة
لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص
الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما رحمهم الله لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث
دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا
باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل
عنها ان شئت ولان الوطء حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا
تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطء فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير
اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناه في النكاح

فصل في الاستبراء

وغيره قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها
ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه
قوله صلى الله عليه وسلم في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن
ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على
السبب في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص
وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة

عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم
الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على
البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطء والمشتري هو الذي يريده دون
البائع فيجب عليه غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن
من الوطء والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه
تيسيرا فكان السبب استحداث الملك المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر
اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك
وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له
وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام
على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل
وكذا لا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها
بعد الشراء او غيره من اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة
بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف رحمه الله لان السبب استحداث
الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل
الاجازة في البيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل
بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما
قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب

١٦٤

[redacted]

فدنتم الآن والحكم مضاف الى تمام العلة وبجزئها بالحيضة التي حاضتها
بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان عجزها بعد الشراء ثم اسلمت
المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك
واليد اذ هو مقتضٍ للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ووجب الاستبراء
اذا رجعت الآبقة او ردت المغصوبة والمؤاجرة او فكت المرهونة لانعدام
السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا
وعدما ولهذا نظائر ذكرناها في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء
وحرم الوطي حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك
على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي
فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي
لا يفضي الى الوطي والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فيفضي
اليه ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد رحمه الله انها لا تحرم لانها لا يحتمل
وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة
على ما بينا والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر
لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة واذا حاضت في اثنائه بطل
الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما
في العدة واذا ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع

وطي الاخرى الا ان يخرج الموطوءة عن ملكه لانه يجب لعدته عليها والعدة كالنكاح في الصحيح في التحريم ولو وطي احديهما حل له وطي الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطي الاخرى لا بوطي الموطوءة وكل امراتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين **قال** ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيا منه او يعانقه وذكر الطحاوي رحمه الله ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا باس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبله بين عينيه ولهما ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة فلا باس به بالاجماع وهو الصحيح **قال** ولا باس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

فصل في البيع

قال ولا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه ينتفع به مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد رحمه الله هو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط

[illegible]

[redacted]

المغلوب في التصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة قال
ومن علم بجارية انها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها
ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطأها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع
له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل
وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا
اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق لان عدالة
المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وان كان اكبر رأيه انه
كاذب لم يسع له ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الرأي يقام مقام اليقين
وكذا اذا لم يعلم انها لفلان ولكن اخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها
او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي لان
اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشيء فان كان عرفها للاول
لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان
لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك
في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الرأي عند وجود
الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع
ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي
وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل

وان كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد رحمه الله انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف رحمه الله اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر وان طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما لقول النبي صلى الله عليه وسلم من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما يأثم وان قلت المدة والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة قال ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا يرى ان له ان لا يزرع فكذلك له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة رحمه الله لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف رحمه الله يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد رحمه الله كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة قال ولا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي

[redacted]

للامام ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا
رفع الى القاضي هذا الامر يامر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله
على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة اخرى
حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان ارباب
الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق
المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا باس به بمشورة اهل الراي والبصر فاذا فعل ذلك
وتعدى رجل عن ذلك فباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
ظاهر لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم
ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر
طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق
لان ابا حنيفة رحمه الله يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال ويكره
بيع السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية
وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا باس بذلك لانه يحتمل
ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال ولا باس ببيع العصير ممن
يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقوم بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح
في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال ومن اجر بيتا ليتخذ فيه بيت
نار او بيعة او كنيسة او يباع فيه الخمر بالسواد فلا باس به وهذا عند ابي حنيفة

وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة
ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية
بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون
من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر
الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل
الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو
الاصح قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم
لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل
مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون
بقصد المعصية قال ولا باس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها وهذا
عند ابي حنيفة وقالا لا باس ببيع ارضها ايضا وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة
قوله صلى الله عليه وسلم الا ان مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولانها حرة محترمة
لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها
ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني ويكره
اجارتها ايضا لقوله عليه السلام من آجر ارض مكة فكانما اكل الربا

ولان الحكمة نهي السوائب ثم عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم من احتاج
اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره ومن وضع درهما عند بقال يأخذ
منه ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا وجر به نفعا وهو ان يأخذ منه ما شاء حالا
فحالا ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه
ثم يأخذ منه ما شاء جزءا فجزءا لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على
الآخذ **مسائل متفرقة** قال ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن
مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير
والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب
اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ
وهجران القرآن فيكون حسنا ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش
المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال ولا بأس بأن يدخل اهل
الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي رحمه الله يكره ذلك وقال مالك رحمه الله
يكره في كل مسجد للشافعي رحمه الله انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد
عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها
والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك رحمه الله والتعليل بالنجاسة عام فينتظم
المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم انزل وفد ثقيف في مسجده
وهم كفار ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد والآية محمولة

على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية
قال ويكره استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على
هذا الصنيع وهو مثلة محرمة قال ولا بأس بإخصاء البهائم وانزاء الحمير
على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة والناس وصح ان النبي عليه السلام ركب البغلة
فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه قال ولا بأس بعيادة
اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وصح
ان النبي صلى الله عليه وسلم عاد يهوديا مرض بجواره قال ويكره ان
يقول الرجل في دعائه اسألك بمعقد العز من عرشك وللمسألة عبارتان
هذه ومقعد العز ولا ريب في كراهة الثانية لانه من القعود وكذا الاولى لانه
يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف
انه لا بأس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث لانه مأثور عن النبي صلى الله عليه وسلم روي انه
كان من دعائه اللهم اني اسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك
وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر واحد
فكان الاحتياط في الامتناع ويكره ان يقول في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك
ورسلك لانه لا حق للمخلوق على الخالق قال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد
والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل
قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو وقال صلى الله عليه وسلم لهو المؤمن باطل

الا الثلث تاديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله
وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية
الافهام وهو محكي عن الشافعي رحمه الله ولنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج
والنردشير فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله
وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله صلى الله عليه وسلم ما الهاك عن ذكر الله
فهو ميسر ثم ان قامر به يسقط عدالته وان لم يقامر لا يسقط لانه متاول فيه وكره
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة رحمه الله به
باسا ليشغلهم عما هم فيه **قال** ولا باس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته
واستعارة دابته ويكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان
وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله وجه الاستحسان ان النبي
صلى الله عليه وسلم قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رضي
الله عنها وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى ابي اسيد
وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك
ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس
قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له
واصل هذا ان التصرف على الصغار انواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه
الا من هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي

قام مقامه بانابة الشرع ونوع اخر ما كان من ضرورة حال الصغار
وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الاظآر وذلك جائز
ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم
واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون
الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا
يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة
فتح باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق
قال ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره ويجوز للام ان تؤاجر ابنها اذا كان في حجرها
ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم
ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لان عند ذلك
تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد ذكرناه ويكره ان يجعل
الرجل في عنق عبده الراية وهو الطوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك راسه وهو
معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان
يقيده لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا
عن اباقه وصيانة لماله **قال** ولا باس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي
مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء
الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام

١٧١

170.

[redacted]

قال ولا بأس برزق القاضي لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عتاب
بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا رضي الله عنه الى اليمن وفرض له ولانه
محبوس بحق المسلمين فيكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان
الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة
وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة
اذ القضاء طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل
الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده
عن اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل
الاخذ وهو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين
لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل على انه بقدر الكفاية
وقد جرى الرسم باعطائه اول السنة لان الخراج يوخذ اول السنة وهو يعطى
منه وفي زماننا الخراج يوخذ اخر السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة
الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على
اختلاف معروف في نفقة المراة اذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح
انه يجب الرد قال ولا باس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان
الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا
وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها

[redacted]

عندنا اذ لم يقم النصب شرعا والا منعه وصرح ابا يا المسلمين بالحاجة

[redacted]

حتى والله اذا اعلمه الله من زمان يرجع فيه الى وطنه و زمانا يهيج امور بينه
ثم زمانا يرجع الى ما تحجر فقدرناه بثلث سنين لان مادون ذلك من الساعات والايام
والشهور لا تكفى بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها فاذ ظاهر انه تركها فالوا هذا كله
ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضى هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول
وصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز
حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او حصد ما بها
من الحشيش او الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة
ليمنع الناس من الدخول او حفر من بير ذراعا او ذراعين وفى الاخير ورد الخبر
ولو كربها وسقاها فعن محمد رحمه الله انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا
ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء
لوجود الفعلين ولو حوطها او سنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة
البناء وكذا اذا بذرها قال والاحياء ما قرب من العامر ويترك مرعى
لاهل القرية ومطرحا لحصايدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دليلا على ما
بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا
لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح والابار التى يستقى الناس
منها لما ذكرنا قال ومن حفر بيرا فى برية فله حريمها ومعناه اذا حفر فى ارض
موات باذن الامام عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البير احياء

قال فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا لقوله صلى الله عليه وسلم
من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل
الجوانب والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها
وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله اربعون
ذراعا لهما قوله صلى الله عليه وسلم حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا
وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه يحتاج فيها الى ان يسير دابته للاستقاء
وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منها بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله
ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به
ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه
الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقى من العطن بالناضح ومن
بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول البئر فلا يحتاج
الى زيادة مسافة قال فان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا ولان
الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري
فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري منه الى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة
والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن
والذراع هي المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر بما ذكرناه
في اراضيهم لصلابتها وفي اراضينا رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء الى الثاني

فيعطل الاول قال فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كيلا يؤدي الى
تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع
به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بئرا في حريم الاولى للاول
ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد ان يأخذ الثاني فيه قيل له ان يأخذه بكبسه لان ازالة
جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل
يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح
ذكره في ادب القاضي للخصاف رحمه الله وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب
في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان
بغير اذنه عندهما والعذر لابي حنيفة انه يجعل الحفر تحجيرا او هو تسبيب من غير
اذن الامام وان كان الملك بدونه وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث
حفر في ملك غيره وان حفر الثاني بئرا وراء حريم الاولى فذهب ماء البئر الاولى فلا شيء
عليه لانه غير متعد بحفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون جانب
الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه والقناة لها حريم بقدر ما يصلحه وعن محمد
رحمه الله انه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم له
ما لم يظهر الماء لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند
ظهور الماء على الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع
والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا

[redacted]

نحو سقيها الا انه يحتاج الى حريم له يجاز فيه بمره ويضعه فيه وحضو
نفقد بحمنه اذ ربع به ورد الحديث قال وما نزل الفرات او دجلة
وعدل عنه ويجد عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة الى كونه نهرا
وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس
في ملك احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام قال
ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة الا ان يقيم
البينة على ذلك وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله له مسناة النهر يمشي عليها
ويلقي عليها طينه قيل هذه المسئلة بناء على ان من احيى نهرا في ارض موات باذن
الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم
لحاجته الى المشي لتسييل الماء ولا يمكنه عادة المشي في بطن النهر والى القاء الطين
ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبير
وله ان القياس يأباه على ما ذكرنا وفي البير عرفناه بالاثر والحاجة الى
الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم
ولا يمكن في البير الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق ووجه
البناء ان باستحقاق الحريم يثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب
اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض
على ما نذكر ان شاء الله تعالى وان كانت مسئلة مبتداة فله ان الحريم في يد

الشفة ضرورة ان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو
محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع عنه افضى الى حرج عظيم وان اراد
رجل ان يكري بذلك ارضا احياها فان لاهل النهر ان يمنعوه عنه اضر بهم
او لم يضر لانه حق خاص لهم والضرورة وانما لو اعتبرنا ذلك الانقطعت منفعة
الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وانه صار مملوكا له بالاحراز وانقطع
حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى
الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي
نصابا لم يقطع يده ولو كان البير او الحوض او النهر او العين في ملك رجل له ان يمنع
من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء آخر بقرب من هذا الماء
في غير ملك احد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر اما ان تعطيه الشفة
او تتركه يأخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا عن الطحاوي رحمه الله و
قيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا احتفرها في ارض
موات فليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر احياء حق مشترك فلا يقطع
الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه وظهره العطش فله ان
يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البير
مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه
قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل في البير ونحوها الاولى ان

[redacted]

[redacted]

يقاتله بغير سلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير
له وليس له اذا اذن ان يأتي على الماء كله بان يحتاج الصغير وفيما يرد
من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا ترد
في كل وقت فصار كالمناوبة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع
اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه وله ان يأخذ الماء منه
للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما
قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقي شجرا او خضرا في داره
حملا بجراره له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع
من الدناءة وليس له ان يسقي ارضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبيره
وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم
انقطعت شركة الشرب بواحدة لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل
حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة
فان اذن له صاحبه في ذلك او اعاره فلا بأس به لانه حقه ويجري فيه الارث
كالملك المحرز ان ابايه

فصل في كري الانهار

الانهار ثلثة نهر غير مملوك
لاحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه
في القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل
بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه على السلطان من بيت مال

الصحيحة في الصفة وفيه حكاية ابي يوسف حين ركب مع الخليفة يوما
فنشبه الكلمة بجوهرة دابته فلما اتا القاضي الحنفي بي فقال الامير
المؤمنين افهمه اذا احركته طارت واذا تركت سارت وان
اتهدد اذا احركت قطفت واذا تركت وقفت نا نتظر الى فان
النبي عليه السلام قال يحب الدابة اللطيف اجمع على الراكب
فاستحسن ابو يوسف على جميع اهل على اكابر
على هذا اللطيف ان ... سلطنا
تام

[illegible]

بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا يجوز العقود

اما للجهالة او للتغرير لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره

واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة ولذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى

يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبض من الصداق لتفاحش الجهالة

ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع

الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما حال حيوته وكيف يصنع الامام

الاصح ان يضم الى ارض لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض

مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى

على تركة الميت ارضا بغير شرب ثم يضم الشرب اليها ويبيعهما فيصرف الثمن الى ثمن

الارض والفاضل الى قضاء الدين واذا سقى الرجل ارضه او مخرها الماء

اي ملأها فسال الى ارض جاره او نزت ارض جاره من هذا

الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه والله اعلم

كتاب الاشربة

الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير

العنب اذا غلى واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه

ويسمى الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب

اذا اشتد وغلى اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان ماهيتها

[redacted]

[redacted]

وهي التي من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل
اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر
خمر وقوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة ولانه
مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا انه اسم خاص باطباق اهل
اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره ولان حرمة الخمر قطعية
وهي في غيرها ظنية وانما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي
كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل
ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين والثاني اريد به
بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حد ثبوت هذا الاسم
وهذا الذي ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد ولا يشترط
القذف بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد
ولابي حنيفة رحمه الله ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه
اذ به يتميز الصافي عن الكدر واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد
واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا
والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من انكر
حرمة عينها وقال ان السكر منها حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد
عن ذكر الله تعالى وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه سماه رجسا والرجس

وتدعوه دز فاحش وأما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام
اذا اشتد وغلى ويتأتى فيه خلاف الاوزاعي وقد ذكرنا المعنى من قبل الا ان
حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر
لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر
ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى
ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي
حنيفة رحمه الله خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط
تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع
بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيعه اذا كان
الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين وقال في الجامع الصغير وما سوى
ذلك من الاشربة فلا باس به قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد
في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال
عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران
منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد رحمه الله انه حرام
ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة
وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف رحمه الله يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما
يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة وقوله الاول

[redacted]

مثل قول محمد ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاءه هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما وابو حنيفة رحمه الله يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله تعالى وابو يوسف رحمه الله رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكر من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد والشافعي رحمهما الله حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي ونذكره ان شاء الله تعالى **قال** ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه وما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء **قال** ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله اذا كان من غير لهو وطرب لقوله

واحد بانه ولان التحريم للاحتياط وهو في الحرمة ذريه ولو طبخ الخمر او غيره
بعد اشتداده حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ
ولا باس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث فيه
طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيا ولا يحرمه
ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ
فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر
عند محمد رحمه الله لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف رحمه الله يغسل ثلثا
ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف يملا ماء
مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته **قال**
واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء يطرح فيها ولا يكره
تخليلها وقال الشافعي رحمه الله يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل
بالقاء شيء فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل
به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم نعم الادام الخل ولان بالتخليل يزول الوصف
المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به
والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ
والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال

يصير حلالا عند الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها
من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر
يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر ملئ خلا
يطهر في الحال على ما قالوا قال ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه
اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى به جرحا او دبرة دابة ولا ان
يسقى ذميا ولا ان يسقى صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب
وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا باس به كما في الكلب والميتة ولو القى الدردي
في الخل لا باس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا قال ولا يحد
شاربه اي شارب الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي رح يحد لانه شرب جزءا من الخمر
ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر
من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج
ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب
وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه
اصابته الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه فصل في
طبخ العصير والاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم
يكن ويعتبر ذهاب ثلثيه بما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ
فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي

لعلو همته والدب لخساسته والحق بها بعضهم الحداة لخساسته والخنزير
مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما
تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما
يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه **قال**
وتعليم الكلب ترك الاكل ثلث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا
دعوته وهو ماثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب
وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك ما هو مالوفه عادة
والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه والكلب الوف يعتاد
الانتهاب فكانت آية تعليمه ترك مالوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك
الاكل ثلثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان فيما دونه مزيد الاحتمال
فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلثا دل على انه صار عادة له وهذا لان
الثلث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص
الاخيار ولان الكثير هو الذي يقع امارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه
الثلث فقدر بها وعند ابي حنيفة رحمه الله على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب
على ظن الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا
وسماعا ولا سمع فيفوض الى راي المبتلى به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية
الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام

[illegible]

المكث وقبل التعليم غير معتبر فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كما لو ترك
المباشر سكوت الموطن ولهذا آية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بعد انّ
تلك المسئلة ان الاذن اعلام فلا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال
واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه
فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي بن حاتم رضي الله عنه ولان الكلب والبازي
الة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة
الرمي وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل ايضا على ما بيناه
وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق
الذكوة الاضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من
الالة اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى
اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب
بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يشترط
رجوعا الى التاويل الاول وجوابه ما قلنا قال فان اكل منه الكلب او الفهد
لم يؤكل وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما رويناه
من حديث عدي رضي الله عنه وهو حجة على مالك وعلى الشافعي رحمه الله في قوله القديم
في اباحة ما اكل الكلب منه ولو انه صاد صيودا ولم يأكل منها ثم اكل من صيد لا يؤكل
هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات

كما بيناه في الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر
الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد ثبتت الحرمة
فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس
يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه قد امضى الحكم
فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف
غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز
فحرمناه احتياطا وله انه آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا ينسى اصلها فاذا اكل
تبين انه كان ترك الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود
لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو ان صقرا فر من صاحبه
فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب
اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه اكل لانه ممسك للصيد
عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له ولو
اخذ الصيد من المعلم فقطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي لانه
لم يبق صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه
منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما
اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت
فيه جهة الصيدية ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله

[illegible]

ولم يأكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى
ما نهسه واتبع الصيد فقتله ولم ياكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك
البضعة فاكلها يؤكل الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة
لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول
لانه اكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهس البضعة
قد يكون لياكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع البضعة منه فيدركه
والاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول والاكل بعده على الوجه الثاني فلا يدل
على جهله قال وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان
ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل قبل
حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم تثبت قبل موته
فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن
من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية
وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يحل وهو قول الشافعي رح لانه لم
يقدر على الاصل فصار كما اذا راى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه
الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبتت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن
من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها
على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرنا

غير معلم فرق حتى اخذ الكلب الاول يكره
اكله وحاصله انهم ههنا فصولا ستة في الاول الحرمة
وسوتها اذا شارك الكلب المعلم كلب غير معلم في الاخذ
والجرح وفي الثاني الكراهة وسوتها اذا عاونه غير المعلم
في اخذ الصيد ولم يشاركه في الاخذ والجرح بل رد الصيد
اليه حتى اخذ الاول فلما تفرد الاول في الاخذ والجرح
غلب جانبه فاوجب اعانة غير المعلم الكراهة
دون الحرمة لعدم المشاركة في الاخذ والجرح وفي الثالث
الاباحة وسوتها اذا ازداد اشتداد الاول بسبب
غير المعلم ولم يوجب الحرمة والكراهة لعدم مشاركته
واعانته في الصيد بل كان اثر فعله في الكلب لا في
الصيد ولم يوجب الكراهة في الصيد لذلك وهذا لان
في الفصل الاول استوت الحرمة والاباحة لان الشركة
وجدت في الاخذ والجرح جميعا فوجبت الحرمة كما لو
رمى المرمي في الماء اولى الفصل الثاني ترجح ما يوجب
الحل على ما يوجب الحرمة لان الكلب الثاني الذي هو غير
معلم عاون الاول في الاخذ لا في الجرح بل الاول تفرد بجرحه
وسوتها يمكن الاحتراز عنه كما اذا توارى الصيد عنه وقعد
اشتغل بعمل اخر ثم وجده قتيلا بجرح الكلب لا بغيره
فانه يثبت الكراهة لان سببا لاباحة ترجح لتخضيم بسبب
الحرمة بوجوهه وسوتها يمكن الاحتراز عنه فاوجب الكراهة
وفي الفصل الثالث ترجح ما يوجب الحل على وجه لم يورث
في الصيد ما يوجب الكراهة فبقي على الحل الى هذا اشار
شيخ الاسلام ولكن جعل في المبسوط حكم الفصل الثاني كحكم
الفصل الاول في الحرمة فقال بعد ما ذكر الاول انه لا يحل اكله
وكذلك ان رد الصيد عليه حتى اخذه او رق عليه سبع حتى
اخذه لانه قد اعانه على اخذ الصيد وبهذه الاعانة يثبت
المشاركة بين الفعلين والبازي في ذلك كالكلب لان
فعل ما ليس بمعلم محرم للصيد البازي والكلب
فيه سواء تمامه

دابة او طير لا يكون لان فعل هؤلاء ليس من جنس فعل الكلب
فلم يتحقق ان ركبا ما لو رد كلب اخر غير معلم او سبع او ذي مخلب
من الطير ما يجوز ان يعلم فيصاد به فرد الصيد على الكلب
او هيبه او فعل ما يكون معونة للكلب فاخذه الاول لا يؤكل لان
مشاركة الكلب هكذا يكون كذا في الايضاح ... ما بحثه
الاغراء نعدي تعديته اذا اشتد
هنا بمعنى ابتع تمام

فقتله ولو بدا في ارساله انسان ام لا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال والا بيت
الاباحة بدونه **قال** وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح
شرط على ظاهر الرواية وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه اذا كسر عضوا فقتله لا باس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة
وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر
فاشبه التخنيق **قال** وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله
عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا في حديث عدي رضي الله عنه ولانه اجتمع المبيح
والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا او احتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه
معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها
في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي
ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق فيما بين الكلبين لوجود المجانسة
ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد
فاخذه وقتله لا باس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث
ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف
ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما **قال** واذا ارسل المسلم
كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا باس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح
عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي

[redacted]

والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه **قال** ولو ارسله مجوسي فزجره
مسلم فانزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة
الحرمة فأولى ان لا تثبت به الحل وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك
التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر
فأخذ الصيد فلا بأس بأكله لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه
من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح
ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه فوقذه ثم ضربه
فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الآخر اكل لان
الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل رجلان
كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر اكل لما بينا والملك للاول لان
الاول اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد و
في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال
من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول **فصل في الرمي**
ومن سمع حسا فظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب
صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان لانه قصد الاصطياد
وعن ابي يوسف رحمه الله انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا يرى انه لا تثبت الاباحة
في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها وزفر رحمه الله خص منها ما لا يؤكل

على جبل فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح
منصوب او قصبة قائمة او على حرف اجرة لاحتمال ان حد هذه الاشيا قتله وكما
ابين الحظر عنه اذا وقع على الارض كما ذكرنا اولا على ما هو في معناه كجبل او ظهر بيت
او لبنة موضوعة او صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء
وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب
اخر وصححه الحاكم الشهيد رحمه الله على ما اذا وحمل مطلق المروي في الاصل
على غير حالة الانشقاق وحمله شمس الائمة السرخسي رحمه الله على ما اذا اصابه
حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من
الاجر الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو وهذا اصح وان كان
الطير مائيا فان كانت الجراحة لم تنغمس في الما اكل وان انغمست لا يؤكل كما
اذا وقع في الما قال وما اصابه المعراض بعرضه لم يؤكل لقول
النبي صلى الله عليه وسلم فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا
تاكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكوة على ما بيناه قال ولا
يؤكل ما اصابته البندقة فمات بها لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض
اذا لم يخزق وكذلك ان رماه بحجر وكذلك ان جرحه قالوا تاويله اذا كان ثقيلا
وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين
الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل

لانه ما ابين من الذكوة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ما ابين من الحي فهو ميت صح

لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله
دقا وكذا اذا رماه بحجارة ان راسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع
بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك ولعله مات قبل قطع الاوداج ولو
رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان
له حدة فبضع بضعا فحينئذ لا باس لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه
المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا
الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدري مات بالجرح او بالثقل كان
حراما احتياطا وان رماه بسيف او بسكين فاصابه بحده فجرحه حل وان
اصابه بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه
سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق
وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتاخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او
كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء
لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند
بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد من الادماء
ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا تحل وقيل تحل ووجه القولين دخل فيما
ذكرناه واذا اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا
يؤيد بعض ما ذكرناه قال واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد

يقدر من الجرح تعتبر عنك ثم من هذه على ما عرف في فصل الجواب فيه
والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سواء والرمي الثاني
ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا
له لانه ملكه بالرمي الثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف
قال رضي الله عنه ويلزمه اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال
يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا
الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كله
كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل بالجراحتين او لا يدرى **قال**
في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين
ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن
ما نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه
وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى
ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمي
الاول صار بحال يحل بذكوة الاختيار لولا رمي الثاني وبهذا الرمي
الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه والنصف الاخر لانه ضمنه مرة
فدخل ضمان اللحم فيه دون رماه الاول ثانيا والجواب في حكم الاباحة
كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره فيحل لهما اذا رمى صيدا فاثخنه ثم

[illegible]

ثانيا فانزله الجارح الثاني فحرم لذلك قال ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص بماكول اللحم قال قائلهم صيد الملوك ارانب وثعالب واذا ركبت فصيدي الابطال ولان صيده سبب للانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع

كتاب الرهن

الرهن في اللغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة وبما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه بها درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك رحمه الله يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلونا والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض

موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول اصح قال فاذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله قال فاذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي رحمه الله هو امانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك ينقض ذلك اذ يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك واجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته فالقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي رحمه الله عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس

بما كسبت رهينة وقال قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى
الرهن قد غلقا والأحكام الشرعية تنعطف على الألفاظ بما هو في الانباء
ولأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن يكون موصلا إليه وذلك ثابت
بملك اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن ويكون عاجزا
عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره وإذا كان كذلك ثبت
الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي إلى الربا إلا في
حالة القيام لأنه ينتقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر وأما
وصار في استيفاء الثاني بدونه لأنه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية أما
العين أمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته
ولذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتهن لأن العين
أمانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق
الصيانة وإن كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة فالحاصل أن عندنا
حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه بإثبات يد الاستيفاء عليه وعنده
تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج على هذين الأصلين عدة من
المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية المنتهى جملتها أن الراهن ممنوع
عن الاسترداد للانتفاع لأنه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده
لا يمنع منه لأنه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع وسيأتيك البواقي في أثناء المسائل

إن شاء الله تعالى قال ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون لأن حكمه ثبوت
يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال رضي الله عنه ويرد على هذا
اللفظ الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها فإنه يصح الرهن بها والادب
ويمكن أن يقال إن الموجب الأصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص على
ما عليه أكثر المشايخ رحمهم الله وهو دين ولهذا تصح الكفالة بها وإن كان
لا يجب إلا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالسبب السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم
القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة والحوالة
تبطل الحوالة المقيدة به كهلاكه بخلاف الوديعة وهو مضمون بالأقل من قيمته
ومن الدين فإذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا
لدينه وإن كانت قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة لأن المضمون بقدر ما يقع به
الاستيفاء وذلك بقدر الدين وإن كانت أقل سقط من الدين بقدره ورجع
المرتهن بالفضل لأن الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر رحمه الله الرهن مضمون بالقيمة
حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم الرهن ألف وخمسمائة والدين ألف رجع الراهن
على المرتهن بخمسمائة له حديث علي رضي الله عنه قال يترادان الفضل في
الزيادة على الدين ولأن الزيادة مرهونة لكونها محبوسة فتكون مضمونة اعتبارا
بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم
ولأن يد المرتهن يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان إلا بالقدر المستوفى كما في

حقيقة الاستيفاء والزيادة المرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها
فلا ضرورة في الضمان والمراد بالتراد فيما روي حال البيع فانه روي
عنه رضي الله عنه انه قال المرتهن امين في الفضل وللمرتهن ان يطالب الراهن
بدينه ويحبسه لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة
فلا تمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي حبسه
كما بيناه على التفصيل فيما تقدم واذا طالب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن
لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء
لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا احضره
امر الراهن بتسليم الدين اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا
للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين
في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذا
الجواب لان الاماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ولا
مؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع وان
كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل والواجب
عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة
الضرر ولم يلتزمه ولو سلط الراهن ~~بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن~~ الى
العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو طالب

المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار
وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر
الراهن فصار كان الرهن كان دينا ولو قبضه يكلف احضاره
لقيام البدل مقام المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن
لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء
كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر
باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل
عبد الرهن خطأ حتى قضي على عاقلته بالقيمة لم يجبر الراهن على قضاء الدين
حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضارها كلها كما لا
بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا
بفعل الراهن فلهذا افترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وامر ان يودعه
غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف باحضار الرهن لانه لم يؤتمن
عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في يد من
في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان
ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على
المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدرى اين هو
لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن

١٩٥

[illegible]

على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا الا انه لما جحد فقد برئ المال واتوى
على المرتهن فتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به وان كان الرهن
في يده ليس عليه ان يمكنه من بيعه حتى يقبضه الدين لان حكمه الحبس الدائم
الى ان يقضي الدين على ما بيناه ولو قضاه بعض الدين فله ان يحبس كل
الرهن حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن
اليه لانه زال المانع من التسليم بوصول الحق الى مستحقه فلو هلك قبل التسليم استرد
الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني
استيفاء بعد الاستيفاء فيجب رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض
الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى
مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك في يده سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين
لبقاء الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا بسكنى ولا لبس
الا ان يأذن له المالك لان له حق الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط
من الراهن وليس له ان يؤاجر ويعير لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك
تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي وللمرتهن
ان يحفظه بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله قال رضي الله عنه
معناه ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده فصار
كالوديعة وان حفظه بغير من في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الباقي

[illegible]

امره به لان ولاية القاضي عامة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يبرح
اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف رحمه الله
يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة الحجر

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي رحمه الله يجوز ولنا فيه وجهان
احدهما ما يبتنى على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور
فيما يتناوله العقد وهو المشاع وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو
تعيينه للبيع والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا
بالنص وبالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي
بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولو
جوزناه في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهاياة فيصير كما اذا قال
رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف
الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهي فيما
يقسم اما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وهنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء
والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل
حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم
الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطاري يمنع بقاء الرهن

[illegible]

في رواية الاصل عن ابي يوسف رحمه الله انه يمنع لان حكم البقاء اسهل
من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية
وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية في باب النكاح بخلاف
الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي
الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح
الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن **قال**
ولا يجوز رهن ثمرة على رؤوس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن
النخيل في الارض دونها لان المرهون متصل بما هو ليس بمرهون خلقة
فكان في معنى الشائع وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع
او النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان
المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون
وحده وعن ابي حنيفة رحمه الله ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر
اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار
دون البناء لان البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك
الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة
ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا
للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز فلا ضرورة الى ادخاله

من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من
غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن
الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمر ويدخل البناء والغرس في رهن الارض
والدار والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه
ان كان الباقي ما يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا
بطل كله لان الرهن حصل ملاقيا لما ورد الاستحقاق الباقي ويمنع التسليم كون الراهن
او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة
المرهونة الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة
مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء دون الدار والوعاء
بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها ودفع الدابة مع السرج
واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة
بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر **قال** ولا يصح الرهن
بالامانات كالودائع والعواري والمضاربات ومال الشركة لان القبض في
باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع مضمونا ويتحقق استيفاء
الدين منه وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع
لان الضمان ليس بواجب لانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط
الثمن وهو حق الحابس فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها وهو ان

وان هلك الرهن في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل الهلاك بطل لفوات القبض حقيقة وحكما وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا براس المال حتى يحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون هلك بالثمن لما بينا ولو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشترى في يد المشتري يهلك بقيمته فكذا هذا **قال** ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونه لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش ممكن ولا يجوز بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد المديون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون

يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح **قال** والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك الى زمان في المستقبل لا يجوز اما الكفالة لالتزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا الى المال كما في الصوم والصلاة ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبض قبل الوجوب فهلك عنده يهلك امانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه **قال** ويصح الرهن براس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيهما مسدود ولنا ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر **قال** والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون بنفسه فان هلك ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا باذنه وان هلك

ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنها من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء
والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمونة عليه للذمي
كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه
بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم اما الميتة فليست بمال عندهم
فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين ولو اشترى عبدا
ورهن بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا او الخل خمرا او الشاة
ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وكذا اذا قتل عبدا ورهن
بقيمته رهنا ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار
ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي
يوسف خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه **قال** ويجوز للاب
ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي
منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة
تهلك امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بيناه وعن ابي يوسف وزفر
رحمهما الله انه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق
على الظاهر وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض
يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا
جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب او الوصي موفيا

له ويضمنه للصبي لانه قضى دينه بماله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه
لانه وكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا اصل الخلاف في مسئلة البيع فان الاب او الوصي
اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما
وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة وكذلك وكيل البائع بالبيع والرهن
نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب من نفسه او من
ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين
واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى
طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه او من هذين او رهن عينا له من اليتيم
بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن
كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن حقيقته في حقه
الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين
بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين لانه لا
ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا
تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وان استدان الوصي لليتيم في كسوته
وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن
يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى
له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء

واستيفاؤه وإذا رهن الأب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الأب ليس
للابن أن يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه إذ تصرف الأب
بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الأب رهنه
لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الأب لأنه مضطر فيه لحاجته إلى إحياء ملكه
فأشبه معير الرهن وكذلك إذا هلك قبل أن يفتكه لأن الأب صار قاضيا
دينه بماله فله أن يرجع عليه ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز
لاشتماله على أمرين جائزين فإن هلك ضمن الأب حصته من ذلك للولد
لإيفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد أب الأب
إذا لم يكن الأب أو وصي الأب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه
عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فإنه خرج
من الرهن وهلك من مال اليتيم لأن فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ
لأنه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما بيناه إن شاء الله تعالى
والمال دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لأنه
غير متعد في هذه الاستعارة إذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره
لحاجة نفسه ضمنه للصبي لأنه متعد إذ ليس له ولاية الاستعمال
في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه
حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته لأنه متعد في حق المرتهن بالغصب

والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين
إن كان قد حل فإن كانت قيمته مثل الدين أداه إلى المرتهن ولا يرجع على اليتيم
لأنه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا وإن كانت
قيمته أقل من الدين أدى قدر القيمة إلى المرتهن وأدى الزيادة من مال
اليتيم لأن المضمون عليه قدر القيمة لا غير ولو كانت قيمته أكثر من الدين
أدى قدر الدين من القيمة إلى المرتهن والفضل لليتيم وإن كان لم يحل الدين
فالقيمة رهن لأنه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فيكون رهنا عنده ثم إذا
حل الأجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة
الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لأن استعماله
لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الأخذ لأن له ولاية أخذ مال اليتيم ولهذا
قال في كتاب الإقرار إذا أقر الأب أو الوصي بغصب مال الصغير لم يلزمه شيء لأنه
لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الأخذ فإذا هلك في يده يضمنه للمرتهن ويأخذه
بدينه إن كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لأنه ليس بمتعد بل هو عامل له
وإن كان لم يحل تكون رهنا عند المرتهن ثم إذا حل الدين يأخذ دينه منه ثم
يرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا **قال** ويجوز رهن الدراهم والدنانير
والمكيل والموزون لأنه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فإن رهنت
بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وإن اختلفا في الجودة لأنه لا معتبر بالجودة عند

المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ان عنده يصير مستوفيا
باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه
ويكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه
عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال رضي الله عنه معناه ان تكون قيمته مثل
وزنه او اكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده
باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة
عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا فان كانت قيمته اقل من الدين
فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر
بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربا فصرنا الى التضمين بخلاف
الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة
في الاموال الربوية عند المقابلة واستيفاء الجيد بالرديء جائز كما اذا تجوز
به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب
الضمان لانه لا بد من مطالب ومطالب وكذا الانسان لا يضمن
ملك نفسه وبتعذر التضمين يتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى
الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البناء لا يصح
على ما هو المشهور ان محمدا رحمه الله مع ابي حنيفة في تلك وفي هذه مع ابي يوسف
والفرق لمحمد رحمه الله انه قبض الزيوف ليستوفي من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء

وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض
وقد امكن عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو
ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يجبر
على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين لانه يصير قاضيا
دينه بالجودة على الانفراد ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر
فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه ويكون رهنا
عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد رحمه الله ان شاء
افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك
وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي
مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك
بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين
اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي الوجه
الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا
من خلاف جنسه او رديئا من جنسه ويكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق
اما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد رحمه الله لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة
الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته
اثنا عشر ووزنه عشرة عند ابي حنيفة رحمه الله يضمن قيمته ويكون رهنا عنده

لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن
كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة
تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وعند
ابي يوسف رحمه الله يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان
وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا
فعنده تعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان
وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة
بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها
سمعا فامكن اعتبارها وبيان قول محمد فيه نوع طول عرفناه في موضعه من
المبسوط والزيادات بجميع شعبها **قال** ومن باع عبدا على ان يرهنه
المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس
والاستحسان اذا باع على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل
وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان
انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب
فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل
غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه فيفسد

ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح فلو امتنع المشتري عن تسليم
الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة
في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن
على ما بيناه والجبر على التبرعات ولكن البائع بالخيار ان شاء رضي
بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه وما رضي
الا به فيتخير بفواته الا ان يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود
او يدفع قيمة الرهن رهنا لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة
قال ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب
حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو
الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة
بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بضد ذلك كفالة وقال زفر رحمه الله
لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف رحمه الله لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل
الايداع والثاني اقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه بدينك او
بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده الى الاعطاء
علم ان مراده الرهن **فصل** ومن رهن عبدين بالف فقضى
حصة احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد
منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس

بكل الدين يكون محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء
الدين وصار كالمبيع في يد البائع فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من
المال الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبض
اذا ادى ما سمى له وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق بالتسمية كما في البيع ووجه
الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد لان العقد لا يتصل بعضه ببعض
في الآخر الا ترى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز **قال** فان رهن عينا واحدا
عند رجلين بدين لكل واحد منهما جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن
اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا
بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا لكل واحد منهما
وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند ابي حنيفة لان فيها تمليكا فكل
واحد منهما نوبته كالعدل في حق الآخر **قال** والمضمون على كل
واحد منهما حصته من دينه لان عند الهلاك يصير كل منهما مستوفيا
حصته اذ الاستيفاء مما يتجزى **قال** فان اعطى احدهما دينه كان
كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق
وعلى هذا حبس المبيع اذا ادى احد المشتريين حصته **قال** وان رهن
رجلان بدين عليهما لرجل رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل
الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن يحصل

في الكل من غير شيوع فلو اقام الرجلان كل واحد منهما البينة انه
رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينته انه
رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان
العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك في حالة
واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد
منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا
يقال انه يجعل كانهما ارتهناه معا اذا جهل التاريخ بينهما وجعل كاختلاف
الشهادات فهذا وجه القياس الا انا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته
الحجة لان كل واحد منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا
القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق
الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمدا اخذ به لقوته واذا
وقع باطلا فلو هلك فهلك امانة لان الباطل لا حكم له **قال** ولو
مات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا
كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو قول ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف
لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد
الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحياة ووجه الاستحسان ان العقد

لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحيوة الحبس والشيوع يضره
وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى
الرجلان نكاح امراة او ادعت اختان النكاح على رجل واقاموا البينة تهاترت
في حالة الحيوة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام

باب الرهن يوضع على يد العدل

قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في الحفظ كالمودع قال وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الاخر فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل الى الراهن او الى المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي عن الاخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى احدهما

وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في يده فالعدل لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف ولكن يتفقان على ان ياخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة منه لان العين لو كان في يده ياخذه اذا ادى الدين فكذلك ياخذ ما قام مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل قال واذا وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة لانه توكيل ببيع ماله وان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن

لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل
لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق
المرتهن مقدم **قال** وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة
كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته
لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه
وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه
مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برايه لا براي
غيره وعن ابي يوسف رحمه الله ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة
لازمة فيملكه الوصي كالمضارب اذا مات بعد ما صار راس المال اعيانا
يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم بعد ما صار اعيانا قلنا التوكيل
حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب
وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضا الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس
للراهن ان يبيعه الا برضا المرتهن لان المرتهن احق بماليته من الراهن
فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع **قال** فان حل الاجل وابى
الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن غائب اجبر على بيعه لما
ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب
الموكل فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثاني ان فيه اتواء الحق

بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي
لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه ولو لم يكن التوكيل
مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الاول
وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف رحمه الله
ان الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير و
الاصل واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه
فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان
من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك
اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية
وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك
لو قتله عبد فدفع به لانه قائم مقام الاول لحما ودما **قال** وان باع
العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار
ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له
ان يضمنه غيره وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا
او قائما ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن لانه غاصب في
حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن
نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه امر ببيع ملك

[illegible]

نفسه وان ضمن للبائع نفذ البيع ايضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين
انه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على
الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة
ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من الدين وان
شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء
الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه اليه على حسبان انه ملك
الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه واذا رجع
بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو ان
يكون قايما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه من يده لانه وجد عين ماله وللمشتري
ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فيتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه
حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان
شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في العهدة فيجب عليه تخليصه
واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على
المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه
ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع
به على الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل
لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على

راليه وصار كما اذا باع العبد المشترى قبل القبض فانه يتخير المشترى
لما ذكرنا كذا هذا ولو باعها الراهن من رجل ثم باعه ثانيا من
غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان
الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع
الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم اجر او رهن او وهب من غيره
واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق ان المرتهن
ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فايدته
به اما الاخرى في هذه العقود لانه لا بدل له عن حقه فيها لان العقد
في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح
الفرق قال فلو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفيه بعض
اقوال الشافعي لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا لانه تنفيذ ابطال حق
المرتهن فاشبه البيع ولنا انه اذا كان موسرا ينفذ على بعض اقواله
انه ابطل حقه معنى بالتضمين وكذلك اعتاق المستاجر انه العاقد
تبقى مدتها ادلحريفها اما لا يقبل الرهن ولا يبقى ولنا انه مخاطب عتق
طلق نفسه فالعتق تصرفه لعدم اخذ المرتهن كما اذا اعتق العبد المشترى
قبل القبض واعتق الابق والمغصوب والخفا في قيام ملك الرقبة
لقيام المقتضى وعارض الرهن ابقى عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة

باعتاقه بزوال ملك المرتهن في اليد بناء على الاعتاق لعبد المشترك بل اولى
لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى
بالطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم
واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية
عند ابي حنيفة رحمه الله واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله بعد ذلك
ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء الدين لانه لو طولب باداء
القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه وان كان الدين مؤجلا
اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان
متحقق وفي التضمين فائدة واذا حل الدين اقتضاه بحقه ان كان من جنس حقه
ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا
كان بخلاف جنس حقه لانه اذا تعذر الوصول الى عين حقه من جهة المعتق
يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضي الله عنه
تأويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل فلا نذكره ان شاء
الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم
الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا
عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وهنا يسعى في ضمان على
غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ان ابا حنيفة اوجب السعاية

في المستسعى المشترك في حالة اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط
الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى من حقيقته الثابت للشريك
الساكت فوجبت السعاية هناك في حالة واحدة اظهارا لنقصان رتبته
بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع في رواية
عن ابي يوسف رحمه الله والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس اضعف لان
البائع لا يملكه في الآخرة والمرتهن يملك من عينه ولهذا يبطل حقه في الحبس
بالاعارة من المشتري والمرتهن يملك حقه مطلقا ولا يبطل حقه بالاعارة
من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو اوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين
الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك عند فلان
فكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره
باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام
ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية قال
ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق عندنا ظاهر وكذا عنده لان التدبير لا
يمنع البيع على اصله ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد
بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى
واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين
منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق

وان كان مكسبًا استسعى المرتهن المدبر وام الولد في جميع الدين لان كسبهما
مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه
حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن
بقدر الدين فلم يكن له الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد ابراء
انهما اديا من مال المولى والمعتق يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر فيما
ادى وقيل الدين اذا كان مؤجلاً يسعى المدبر في قيمته فقط لانه عوض الرهن
حتى تحتبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالاً لانه تقضى
به الدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضي عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع
الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه
انه اداه من مال المولى قال وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لان حق
المرتهن محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين
فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فياخذ القيمة ويكون
رهنا في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه
والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه
خمسمائة ويوم رهن الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة
فصار الحكم في الخمسمائة الزائدة كانها هلكت بآفة والعبرة في ضمان الرهن
القيمة يوم القبض لا ان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه

يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة
لانه اتلف ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل الاجل لان الضمان بدل العين فاخذ
حكمه واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه
جنس حقه ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق
المرتهن وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن
الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص
كالهالك وسقط الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم القبض لانه مضمون بالقبض
السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف
قال واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملاً فقبضه خرج
من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن فان هلك في يد الراهن
هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون وللمرتهن ان يسترجعه الى يده لان
عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الا ترى انه لو هلك الراهن قبل
ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية
ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الا ترى ان
حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونًا بالهلاك واذا بقي عقد
الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود
بصفته وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيًا باذن الاخر سقط حكم الضمان

لما قلنا ولكل منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد حقا محترما فيه
وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من الاجنبي اذا باشرها احدهما باذن
الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدا ولو مات الراهن
قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق
لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم
فافترقا واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان ياخذ
في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن وكذا اذا هلك بعد الفراغ
من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت
يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن
الراهن المرتهن بالاستعمال لما بيناه ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به
من قليل او كثير فهو جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات
ملك العين واليد وهو قضية الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين
ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا في حق البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا
في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير
ان يرهنه باكثر منه ولا باقل لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه
الاحتباس بما يتيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا لان غرضه ان يصير مستوفيا
للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد

لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص
في الامانة والحفظ واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير
ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه
رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن
وقد بيناه في الاستحقاق وان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به ان كانت قيمته
مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن بطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك
ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر
وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه ولذلك لو اصابه عيب
ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه وان كانت
قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم
يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا
لما بينا وان كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن
لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا
يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين
لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب ان لا
يقبله ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعدما افتكه فلا
ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بيناه ولو اختلفا في ذلك

[illegible]

فالقول للراهن انه ينكر الا بقاء بدعواه الهلاك لانه ثابت الحالين كما
لو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمخبر ان القول قوله في انكار
اصله فكذا في انكار وصفه ولو رهنه المستعار بدين موعود وهو ان يرهنه
ليقرضه كذا فهلك بيد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن
قدر الموعود المسمى لما بينا انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله
ان سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته منه عنه
ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن
بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير قيمته
لان الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق ويكون رهنا عنده الى ان
يقبض دينه فيردها الى المعير ان استرداد القيمة كاسترداد العين
ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد وركب الدابة قبل ان
يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا
عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ عن الضمان حين رهنهما
فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذلك اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة
او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لانه بعد الفكاك
بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد الى
الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لانه يد لنفسه فلا بد من الوصول

وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء او
نقول الاعجل ان نجعل مستوفيا الالف بتمامه لانه يؤدي الى الربوا
فيصير مستوفيا المائة ويفنى بسهامه في العين واذا هلك يصير مستوفيا
بسهامه في العين فاذا هلك يصير مستوفيا جميع مائة بالهلاك بخلاف
ما اذا مات من غير فعل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي
الى الربوا قال وان كان امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة وقبض
المائة قضاء من حقه يرجع بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار
كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك بطل الرهن وبقي
الدين الا بقدر ما استوفى كذا هذا قال فان قتله عبد قيمته مائة
فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع
الى المرتهن بماله وقال زفر رحمه الله يصير رهنا بمائة لهما ان يد المرتهن
يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر
فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا رحمهم الله على زفر رح ان العبد الثاني
قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر
لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولمحمد
في الخيار ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كما اذا قتل

[redacted]

الفضل والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يتخير المشتري او المغصوب منه لذا
هذا ولنا ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول
لحمًا ودمًا لما ذكرنا ثم زفر رحمه الله وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز
تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ
بخلاف البيع لان الخيار فيه حكمه الفسخ وانه مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه
باداء الضمان مشروع وبخلاف الغصب ولو كان العبد تراجع سعره حتى
صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف
واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطا فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان
يدفع لانه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله
ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه
اصلاحها ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية
لان الملك في الرقبة قائم له وانما الى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع
عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء
فان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق بمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك
وكذلك ان فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف
ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء في الابتداء
لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك

في الابتداء وان فدى فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون
مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله
كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان يؤدي عنه
فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فيه اخذ
صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولي الجناية
لتقدمه على حق المولى فان فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر
فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن
فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل منه سقط من دين المرتهن بقدر دين
العبد وما فضل من دين العبد بقي رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل
اخذه به لانه من جنس حقه وان كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد
لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق
في دين الاستهلاك تعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق ثم اذا
ادى بعد العتق لا يرجع على احد لانه وجب بفعله وان كانت قيمة العبد الفين وهو
رهن بالف فجنى العبد قيل لهما افدياه لان النصف منه مضمون والنصف
امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجمعا
على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن
لما بيناه وانما منه الرضا به فان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي راهنا

ان او من نهنا اما المرتهن فليس له الفداء لان فيه ابطال حق الراهن في الذي
يختاره الراهن ابطال حق المرتهن في ذلك جناية ولد الرهن اذا ابى
المرتهن ان افدى له ذلك وان كان المالك مخيرا بين الدفع لانه ان لم يكن
مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح والاضرر على الراهن فكان
له ان يفدي واما الراهن فانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فلذلك يختاره
ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه
يمكنه ان يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحال هذه كان متبرعا
وهذا على ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين
ان شاء الله تعالى ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب
على المرتهن نصف الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع
فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل
الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان
العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو
ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى نصفه
ويبقى العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع
وان كان غايبا لم يكن متطوعا وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك

غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه
مخاطبته واذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غايبا
تعذر مخاطبته والمرتهن محتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا
باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال واذا مات الراهن باع وصيه
الرهن وقضى الدين لان الوصي قايم مقامه ولو تولى الموصي حيا بنفسه
كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذلك وصيه وان لم يكن له وصي نصب القاضي
وصيا له وامره ببيعه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن
النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ما له على
من عليه وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم
من غرمايه لم يجز وللاخرين ان يردوه لانه اثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار
بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول
حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم اخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي
ويباع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي
بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه وبان من
الوصي تفصيلا نذكره في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

فصل

ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة
فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية

بعضها في كفاية المنتهي وتمامه في الجامع والزيادات قال ولو رهن
شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت
فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك لان الاباحة تصح
تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فتصح مع الخطر
ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى
ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما
اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن
تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار
كأن الراهن اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فيبقى
بحصته وكذا ولد الشاة اذا اكله باذن الراهن وكذلك جميع النماء
الذي يحدث على هذا القياس قال وتجوز الزيادة في الرهن ولا
تجوز في الدين ايضا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا تجوز فيهما والخلاف
معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع
ولابي يوسف رحمه الله ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن
كالمثمن في البيع فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل
العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب
الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع

بما له فيهما والخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من
اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع
لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب قال ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة
فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن
يتقرر بالهلاك فاذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت
الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض
بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك على ما
بيناه ومن مشايخنا رحمهم الله من يمنع مسألة البيع ويقول يعود البيع قال
ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف لانه متولد
من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه
فان هلك يهلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها
لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها وان هلك الاصل وبقي
النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة
النماء يوم الفكاك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة
بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع
فما اصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب
النماء افتكه الراهن بما ذكرنا وصور المسائل على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا

في ضمانه بالقبض الاول وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض
القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه
لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه
ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد المرتهن يد
استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على اخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها
جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانة ما لم يرد
الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن عينه امانة والقبض
تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة لان الرهن
عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو
ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك
بغير شيء استحسانا خلافا لزفر رحمه الله لان الرهن مضمون بالدين او
بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء والهبة
ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه يصير غاصبا اذ لم يبق
له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المراة رهنا بالصداق فابرأته او وهبته
او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك
الرهن في يدها هلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في
الابراء ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك

وهذا على سابق صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين
جاز وهذا شيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين
لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى
بعد انفساخه والالتحاق باصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان
الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية
يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو
كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض الفا
والدين الف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين
اعتبارا بقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت
بالقبض فتعتبر قيمة كل منهما وقت القبض واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن
زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم
ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام
ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة
الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة
دخلت على الام قال وان رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه
عبدا اخر قيمته الف مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن
والمرتهن في الاخر امين حتى يجعله مكان الاول لان الاول انما دخل

الرهن ثم ثبت هلاك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا لما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله اما هو او نفسه قائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذلك اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين لانه استيفاء ولذا اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحال عليه او ما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام قال والعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الالة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم لقوله

تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الاية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد الاجماع قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك قال الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضا

تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الاية وقد ورد فيه غير
واحد من السنة وعليه انعقد الاجماع قال والقود لقوله تعالى
كتب عليكم القصاص في القتلى الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام
العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر
والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك قال الا ان يعفو الاولياء
او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضى
القاتل وهو احد قولي الشافعي رح الا ان له حق العدول الى المال من غير مرضاة
القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما
لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر
فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب ورويناه من السنة ولان المال لا يصلح
موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا
وجبرا فيتعين وفي الخطا وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار
ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك قال والكفارة
فيه عندنا وعند الشافعي رح تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد اشد منها الى
في الخطا فكان ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى
العبادة فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع
لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله صلى الله عليه وسلم

الميراث لقاتل قال وشبه العمد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي هو اذا ضربه بحجر عظيم او خشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لانه يقصد بها غيره كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال الآلة الكبيرة لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله صلى الله عليه وسلم ألا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ والدية مغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر رضي الله عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ من بعد ان شاء الله تعالى ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك رحمه الله انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه قال والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا

فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية وهي على العاقلة في ثلث سنين لما بيناه ولا اثم فيه في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما في نفسه لا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطأ فاصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد وما اجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ في الشرع واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي يلحق بالخطأ في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة والحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو وان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه الكفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا
اما العمدية فلما بيناه واما حقن الدم على التأبيد لتنتفي شبهة الاباحة وتتحقق
المساواة قال ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي رحمه الله
لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة
ان لا يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك
والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يتساويان
وبخلاف العبد يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد
المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان فيهما وجريان
القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص
بالذكر فلا ينفي ما عداه قال والمسلم بالذمي خلافا للشافعي رحمه الله له قوله صلى الله
عليه وسلم لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر
مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بذمي ولان
المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب
دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه
ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة قال ولا يقتل المسلم بالمستأمن
لانه غير محقون الدم على التأبيد وكذلك كفره باعث على الحراب لانه على قصد

الرجوع والانفس ولا الذمي بالمستأمن لما بينا ويقتل المستأمن بالمستأمن
قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة
والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون
للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص
وظهور التقاتل والتفاني قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله صلى الله عليه وسلم
لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد اذا
ذبحه ذبحا ولانه سبب احيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا
لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن
والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال
والنساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب والام
قربت او بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال ولا يقتل
الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب لنفسه
على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص
لا يتجزى قال ومن ورث قصاصا على ابيه سقط لحرمة الابوة قال ولا يستوفى
القصاص الا بالسيف وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا
فان مات والا تحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل

المقصود غسل ما نقل متجزٍ فيجب الارش كما في كسر العظم قال واذا قتل
المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا ارى في هذا قصاصا لانه اشتبه
سبب الاستيفاء فانه الولاء اذا مات حرا والملك ان مات عبدا وصار كمن قال
لغيره بعتني هذه الجارية وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب
كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين جميعا وهو معلوم والحكم
متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالي به بخلاف
تلك المسألة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى
فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا
والوارث اذا مات حرا اذ ظهر الخلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت
الحرية او الرق بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها وان لم يترك وفاء وله ورثة
احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ
الكتابة بخلاف معتق البعض اذا قتل ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا
ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن
لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط
اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال واذا قتل ولي المعتوه فلابيه
ان يقتل لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه

كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه
ابطال حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا والوصي بمنزلة
الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيلها ويندرج
تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فانه
لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس
بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور هنا ان المقصود من
الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود
هو التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال
فهذا اولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس
لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها
مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة
التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح
الا يرى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه قال
ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة رح
وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا
يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار
فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولين وله

الحر لا يتجزى لثبوته سبب التجزي وهو القرابة واتصال العضو من الصغير
منقطع فيثبت لكل اختصاصه كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبير لان
اتصال العضو به ثابت ومثله المولى فممنوعة قال ومن ضرب
رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية قال
رضي الله عنه وهذا اذا اصابه حد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب وان اصابه
بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن ابي حنيفة اعتبارا منه الآلة وهو
الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا
الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس
المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم ان كان العود مثل العصا الكبير فيكون
قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة على ما بيناه وان كان مثل السوط ففيه خلاف
الشافعي وهي مسئلة الموالاة له ان الموالاة في الضربات الى ان مات دليل
العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا الا ان قتيل خطا العمد ويروى شبه العمد
الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتاديب او لعله
اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه وعساه اصاب المقتل
والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية قال ومن غرق صبيا او بالغا في البحر
فلا قصاص عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي رحمه الله غير ان
عنده يمشي حزا وعندهما يغرق كما بيناه من قبل لهم قوله صلى الله عليه وسلم

220

من غرق غرقناه ومن حرق حرقناه ولان الآلة قاتلة فاستعمالها امارة
العمدية ولا مرد في العصمة وله قوله صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل خطا
العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطا ارش ولان الآلة غير معدة
للقتل ولا مستعمل فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان
القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص اثره ومنه المقصة للجلين
ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان في
حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع
او هو محمول على السياسة وقد اومت اليه اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع
القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في
الكفارة قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات
فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف
اليه قال واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه
مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطا على ما بيناه
والخطا بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به
الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان والد حذيفة قضى رسول الله
صلى الله عليه وسلم بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان
في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال النبي صلى الله عليه وسلم

من كثر سواد قوم فهو منهم معناه من وافق قوماً في امر فهو منهم قال

ومن جرحه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من

ذلك فعلى الاجنبي ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه

هدراً في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة

حتى يأثم عليه وفي النوادر عند ابي حنيفة ومحمد رح يغسل ويصلى عليه

وعند ابي يوسف رح يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر الصلوة

عليه اخلاف والمشايخ رحمهم الله على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدراً

مطلقاً فكان جنساً آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلثة

اجناس فكأن النفس تلفت بثلاثة افعال فيكون التالف بفعل كل واحد

ثلثه فيجب عليه ثلث الدية

فصل

ومن شهر على المسلمين سيفاً

فعليهم ان يقتلوه لقوله صلى الله عليه وسلم من شهر على المسلمين سيفاً فقد اطل

دمه ولانه باغٍ فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقاً لدفع القتل عنهم

فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد في الجامع الصغير فحق على المسلمين

ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي الجامع الصغير

ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً او نهاراً او شهر عليه عصاً ليلاً في مصر او

نهاراً في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمداً فلا شيء عليه لما بينا وهذا

لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغير وان كان يلبث لكن

في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه وكذا في النهار في غير المصر في

الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدراً قالوا فان كان عصاً

لا تلبث يحتمل ان تكون مثل السلاح عندهما قال وان شهر المجنون على

غيره سلاحاً فقتله المشهور عليه عمداً فعليه الدية في ماله وقال الشافعي رح

لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف انه يجب الضمان

في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي رح انه قتله دافعاً عن نفسه فيعتبر

بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولاً على قتله بفعله فاشبه المكره ولابي يوسف

ان فعل الدابة غير معتبر اصلاً حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة

حتى لو حققاه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها

فكان فعلهما مسقطاً للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصاً معصوماً

او اتلف مالاً معصوماً حقاً للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطاً وكذا فعلهما وان

كان عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بحقيقة الفعل منهما

بخلاف البالغ العاقل لان له اختياراً صحيحاً وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح

وهو دفع الشر فتجب الدية قال ومن شهر على غيره سلاحاً في المصر فضربه

ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من ان يكون

محارباً بالانصراف فعادت عصمته قال ومن دخل عليه غيره ليلاً

فاخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله صلى الله عليه وسلم قاتل دون

مالك يكون تمهيدا وانه يباح له القتل ففاته الابتداء فكذا استرداده في
الانتهاء وتاويل المسئلة اذا كان التمكن من الاسترداد له بالقتل

باب القصاص فيما دون النفس

ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من اليد المقطوعة
لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة وكل ما امكن رعايتها
فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا
معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك قال وكذلك
الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة قال ومن ضرب
عين رجل فقلعها لا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع وان كانت
قائمة فذهب ضوءها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال في الكتاب
تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوءها
وهو ماثور عن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين قال وفي
السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وان كان سن من يقتص منه اكبر
من سن الآخر لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال وفي كل شجة
تتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلونا ولا قصاص في عظم الا في السن
وهذا اللفظ مروي عن عمر رضي الله عنه وابن مسعود رضي الله عنه وقال
عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير

السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد
ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان قال وليس فيما دون النفس شبه
عمد انما هو عمد او خطأ لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي
يختلف باختلافها دون ما دون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق
الا العمد والخطأ والقصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر
والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف
العبد ويعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك
بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا
بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر
اصله وبخلاف الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب
القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الارش قال
ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص
عليه لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط في الثاني
وكذا البرء نادر فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا قال واذا كانت يد
المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء
قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء
الحق كملا متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي

اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصا فقد
رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالرديء مكان الجيد ولو سقطت المؤفة
قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا شيء له عندنا لان حقه متعين في القصاص
وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط لفوات محله بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه
من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به حقا مستحقا فصارت
سالمة له معنى قال ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا
تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ
من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش لان الشجة موجبة لكونها مشينة فيزداد
الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا
يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما في
الشلاء والصحيحة وفي عكسه يخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي
الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الراس وهي تأخذ من جبهته
الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال
ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قطع من اصله
يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار
المساواة الا ان تقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع
بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف

الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد
يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب
القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر
اعتبارها

فصل

واذا اصطلح القاتل واولياء المقتول
على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي
له من اخيه شيء الآية على ما قيل نزلت في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل
الحديث والمراد والله اعلم الاخذ بالرضاء على ما بيناه وهو الصلح بعينه
ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على
احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه
ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا
مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول كالمهر والثمن
بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد قال وان كان القاتل حرا وعبدا فامر
الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما على الف ففعل فالالف على الحر
والمولى نصفان لان عقد الصلح اضيف اليهما واذا عفى احد الشركاء من الدم او صالح
من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية
واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك رحمه الله
والشافعي رحمهما الله في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب

لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام امر بتورث امراة اشيم الضبابي
من عقل زوجها اشيم وانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان
ثم مات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة
والزوجية تبقى حكما بعد الموت في حق الارث او يثبت بعد الموت مستندا الى سببه
وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا
ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه
لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب هناك قصاصان
من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص
ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي شيء من المال
لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلث سنين وقال زفر يجب
في سنتين فيما اذا كان بين شريكين وعفا احدهما لان الواجب نصف الدية
فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى
ثلث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين
في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا
اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه لو تمالا عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان
القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا
لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم

ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد قتل له وسقط حق الباقين وقال
الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم
يعرف قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت
قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل
واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع ولنا ان
كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم
يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد جرح صالح
للازهاق فيضاف الى كل واحد منهما اذ هو لا يتجزى ولان القصاص شرع
مع المنافي لتحقق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفي به قال ومن وجب عليه
القصاص اذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه
موت العبد الجاني ويتاتى فيه خلاف الشافعي اذ الواجب احدهما
عنده قال واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد
منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي تقطع يداهما والمفروض
اذا اخذا سكينا وامراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالنفس والايدي
تابعة لها فاخذت حكمها او نجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل واحد منهما
قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزى فيضاف
الى كل واحد البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الانزهاق لا يتجزى ولان

القتل بطريق الاجتماع غالب حذارا الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل
في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال
وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وان قطع
واحد يمين رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده وياخذا منه نصف الدية
يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي في التعاقب
يقطع بالاول وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق
فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين
فترجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه
كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا
في حق الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن
لان الحق في المحل وصار كما اذا قطع العبد يمينهما على التعاقب فتستحق
رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان
للحاضر ان يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل
الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه اوفى به حقا مستحقا قال
واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر لا يلزمه اقراره
لانه يلاقي حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير
متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم

عملا بالآدمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق
المولى بطريق الضمن فلا يبالى به ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر
فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمد
والثاني احد نوعي الخطأ كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد
بتعدد الاثر

فصل ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ
يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ
او قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا والاصل
فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع
بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن
الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين
لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم
يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع واكتفي
بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده فان شاء
الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة
وقالا يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع
بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب
القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع

بالقطع وهو متعذر ولأن الجز يقطع إضافة السراية إلى القطع حتى لو
صدرا من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما إذا
قطع وسرى لأن الفعل واحد بخلاف ما إذا كانا خطأين لأن الموجب
الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة وأن أرش اليد إنما يجب
عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل
وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان أما القطع والقتل قصاصا
يجتمعان قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات
من عشرة ففيه دية واحدة لأنه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الأرش
وإن بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة
اندملت ولم يبق لها أثر على أصل أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف في مثله
حكومة عدل وعن محمد رحمه الله أنه تجب أجرة الطبيب وإن ضرب رجلا
مائة سوط وجرحته وبقي أثر تجب حكومة العدل لبقاء الأثر والأرش
إنما يجب باعتبار الأثر في النفس قال ومن قطع يد رجل فعفا المقطوع
عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وإن عفا عن
القطع وما يحدث منه أو عن الجناية ثم مات من ذلك فهو عفو عن
النفس ثم إن كان خطأ فهو من الثلث وإن كان عمدا فهو من جميع المال
وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إذا عفا عن القطع فهو عفو عن

عن النفس أيضا وعلى هذا الخلاف إذا عفا عن الشجة ثم سرى إلى
النفس ومات لهما أن العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع
لو اقتصر والقتل إذا سرى فكان العفو عفوا عن أحد موجبيه أيهما
كان ولأن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع
عفوا عن نوعيه وصار كما إذا عفا عن الجناية الساري والمقتصر فكذا
هذا وله أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصوم متقوم والعفو لم
يتناوله بصريحه لأنه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين
أن الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي أن يجب القصاص
وهو القياس لأنه هو الموجب للعمد إلا أن في الاستحسان تجب الدية لأن
صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم أن الساري
نوع من القطع وأن السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا
لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية
لأنه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لأنه صريح في العفو
عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذا الوجه
وفاقا وخلافا إذ نبه بذلك إطلاقه إلا أنه إن كان خطأ فهو من الثلث
وإن كان عمدا فهو من جميع المال لأن موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة
لأنه ليس بمال فصار كما إذا أوصى بإعارة أرضه أما الخطأ فموجبه المال

فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شي له عليها لانه لما جعل
القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا اسقط القصاص
بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطا يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك
الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج
من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة
فيكون وصية ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال ان ترجع
عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم
ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج يسقط ثلثه
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو
عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال
ومن قطع يد رجل فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين
ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفا القطع لا يوجب
سقوط القود كمن له القود اذا استوفى طرف من عليه وعن ابي يوسف
انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابراه عما وراءه
ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين
انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال ومن قتل وليه عمدا
فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضي له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد
دية اليد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شي عليه لانه استوفى حق نفسه فلا
يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائها ولهذا لو لم يعف
لا يضمنه وكذا اذا عفا وما برئ او قطع ثم حز رقبته قبل البرء

وحق الورثة يتعلق فيعتبر من الثلث قال واذا قطعت المراة يد رجل
فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطا
وان كان عمدا ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد
اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا
على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص
في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على اعتبار السقوط فيجب مهر
المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو على ما نبين
ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا
سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية وتجب في مالها
لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه واذا وجب لها مهر المثل
وعليها الدية تقع المقاصة ان كانا على السواء فان كان في الدية فضل ترده
على الورثة وان كان في المهر فضل يرده الورثة عليها واذا كان القطع
خطا يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا
ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شي
فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطا والمهر لها
ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات من ذلك
والقطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا

او بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا
البعض الاصابع ولهذا انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع
وابانة وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فان له ان
يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال وانما لا يجب الحال الا انه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية
فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء
او العفو او الاعتياض لما انه تصرف فيه فاما قبل ذلك لم يظهر حتى يجعل ارش اليد
داخلا وانما يظهر حق الحز جميعه بلون نقص المسح لعدم الضرورة بخلاف
ما اذا سرى لانه استيفاء واما اذا لم يسر فما ذكرنا انما تبين كونه قطعا
بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفي وبرأ والصحيح انه على الخلاف واذا قطع
ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح
والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف فالكف تابعة لها غرضا بخلاف
الطرف لانها تابع للنفس من كل وجه قال ومن له القصاص
في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن
التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن
السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام والمامور بقطع
اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع

ظلما فان قتلا وانه جرح افضى الى فوات الحيوة في مجرى العادة
وهو مسمى القتل الا ان القصاص سقط للشبهة فوجب المال
بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا
كالامام او عقدا كما في غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف
السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو
مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فيتقيد بالاصطياد

باب الشهادة في القتل

ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم
الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة وقالا لا يعيد وان كان خطأ
لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على آخر لهما ان
القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه فيكون
الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت
ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما
عن الباقين وله ان القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة الا يرى ان ملك القصاص
يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف الدين والدية لانه من اهل
الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه
واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة

بعد حضوره فان كان قام القاتل البينة ان الغايب قد عفا فالشاهد
خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص
الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات العفو عن الغايب فينتصب الحاضر
خصما عن الغايب وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا واحد
الرجلين غايب فهو على ما بيناه **قال** واذا كان الاولياء ثلاثة
فشهد اثنان منهم على الآخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما
لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا
فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده
لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعي
سقوط حق المشهود عليه وهو منكر فلا يصدق فيغرم نصيبه وان
كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل والمشهود
عليه ايضا وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط القصاص فقبل
وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود
عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو منكر بمنزلة ابتداء العفو منهما
في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما فان صدقهما
المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره
له بذلك وفي الجامع الصغير لزم هذا الثلث للشاهدين لا للمشهود عليه وهو

الاصح ولكنه يصرف ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه شيء لان ما ادعاه
الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان
ان القاتل بتكذيبه الشاهدين اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص سقط بدعواهما
قال واذا شهدوا لمشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات
فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي
ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه
لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى
مات وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح **قال** واذا اختلف شاهدا
القتل في الايام او في البلدان او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل
لا يعاد ولا يتكرر والقتل في زمان او في مكان غير القتل في زمان او في مكان
آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه عمد
ويختلف احكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما
قتله بعصا وقال الآخر لا ادري باي شيء قتله فهو باطل لان المطلق
يغاير المقيد وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شيء قتله ففيه الدية
استحسانا والقياس ان لا يقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف
الآلة فجهل المشهود به ووجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق
والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة
على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه واولوا كذبهم في نفي العلم ظاهرا واورد
باطلا فيه في اصلاح ذات البين فعدلوا معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك
ويجب الدية في ماله لان الاصل في العمد ان لا يلزم العاقلة **قال**

واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان شهدوا على رجل انه قتله وشهد اخرون على اخر بقتله فقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له والمشهود له غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل الشهادة اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب اعتبار حالة القتل

ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابراه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فتعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا تعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والقتل وان كان عمدا فالقود يسقط للشبهة وتجب الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذلك اذا رمى حربيا فاسلم لان الرمي ما انعقد موجبا

للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك

مسألة وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله تعالى عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول ابي يوسف مع ابي حنيفة رحمهما الله لان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية تنقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شيء منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تخالف النهاية والبداية فتجب قيمته للمولى وزفر رحمه الله يقول فان كان تخالفا وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فانتفت عليه ما حققناه

مسألة ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شيء على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقع الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة

فتعتبر الاصلية واستلابها عنه ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الاية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزي فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب للفاء او لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزيه ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته قال وهو الكفارة في الخطاء قال والدية في الخطاء مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي ثلثون جذعة وثلثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقوله النبي صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا فيه مائة من

٢٢٢

من الابل اربعون منها في بطونها اولادها وان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله صلى الله عليه وسلم في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به والثابت لتغليظ الاسنان في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تتغلظ لما قلنا قال وقتل الخطا تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بيناه من قبل قال والدية في الخطاء مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه واخذنا والشافعي رحمه الله اخذ برواية ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في دية قتيل قتل خطاء اخماسا على نحو ما قال وان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطاء لان الخاطئ معذور غير ان عند الشافعي رحمه الله يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرنا قال ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم وقال الشافعي رحمه الله من الورق اثنا عشر الفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قضى بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم وتاويل ما روي انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وكانت كذلك قال ولا

يثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لأن عمر رضي الله عنه هكذا جعل على أهل كل مال منها وله أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الأشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما **قال** ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقال الشافعي رحمه الله ما دون الثلث لا يتنصف وإمامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما رويناه بعمومه ولأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل فقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه **قال** ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي رحمه الله دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم وقال مالك رحمه الله دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله صلى الله عليه وسلم عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عندنا اثنا عشر ألفا وللشافعي رحمه الله

ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي رحمه الله لم يعرف رواته ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه أشهر مما رواه مالك فإنه ظهر به عمل الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين

فصل فيما دون النفس

قال في النفس الدية وقد ذكرناه وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والأصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم والأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال تجب الدية لإتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والأنف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول في الأنف الدية لأنه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا إذا قطع المارن أو الأرنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لأنه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع البعض

اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو
قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف وقيل على عدد
حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر يجب وقيل ان قدر على اداء اكثرها
يجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر
يجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه
يفوت منفعة الوطء والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء
والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان
الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له **قال** وفي
العقل اذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه
في معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان لكل واحد
منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات
في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر **قال** وفي
اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه يفوت منفعة الجمال وفي شعر الرأس
الدية لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي رحمهما الله تجب فيهما حكومة
عدل لان ذلك زيادة في الآدمي ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية
بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا
يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقها

تفويت الجمال على الكمال فيجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر
الرأس جمال الا ترى ان من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر
الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال واما لحية العبد فعن ابي
حنيفة رحمه الله انه يجب كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود
في العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر **قال**
وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح لانه تابع للحية فصار كبعض
اطرافها ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في
حلقه لان وجوده يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك وكان على الذقن
والخد جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال و
ان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا
كله اذا افسد المنبت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق
اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبتت بيضاء فعن ابي حنيفة
انه لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد يجب حكومة عدل لانه
ينقص قيمته وعندهما تجب حكومة عدل في الحر ايضا لانه في غير اوانه
يشينه ولا يزينه ويستوي العمد والخطأ على هذا الجمهور وفي الحاجبين
الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي رحمهما الله تجب حكومة
عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية **قال** وفي العينين الدية

وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الأذنين
الدية وفي الأنثيين الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب
رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم **قال** وفي كل واحد
من هذه الأشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمرو
بن حزم وفي العينين الدية وفي إحداهما نصف الدية ولأن في تفويت
الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كل
الدية وفي تفويت إحداهما تفويت النصف فيجب نصف الدية **قال** وفي
ثديي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي إحداهما نصف دية
المرأة لما بينا بخلاف ثديي الرجل حيث تجب حكومة عدل لأنه ليس فيه
تفويت المنفعة والجمال وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة
الإرضاع وإمساك اللبن وفي إحداهما نصفها لما بيناه **قال** وفي
أشفار العينين الدية وفي إحداهما ربع الدية قال رضي الله عنه يحتمل أن مراده
الأهداب مجازا كما ذكر محمد رحمه الله في الأصل للمجاورة كالراوية
للقربة وهي حقيقة في البعير وهذا لأنه يفوت به الجمال على الكمال
وجنس المنفعة وهي منفعة دفع القذى والأذى عن العين إذ هو
يندفع بالهدب وإذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي أربعة كان في أحدها
ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر

والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة لأن
الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة **قال** وفي كل أصبع
من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية لقوله صلى الله عليه وسلم في كل
أصبع عشر من الإبل ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية
كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها **قال** والأصابع كلها
سواء لإطلاق الحديث ولأنها سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة
كاليمين مع الشمال وكذا أصابع الرجلين لأنه تفوت بقطع كلها منفعة
المشي فتجب الدية كاملة ثم فيها عشر أصابع فتنقسم الدية عليها أعشارا
قال وفي كل أصبع فيها ثلاث مفاصل ففي أحدها ثلث دية الأصبع
وما فيها مفصلان ففي أحدهما نصف دية الأصبع وهو نظير انقسام دية
اليد على الأصابع **قال** وفي كل سن خمس من الإبل لقوله صلى الله عليه وسلم
في حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الإبل
والأسنان والأضراس سواء لإطلاق ما روينا ولما روي في بعض
الروايات والأسنان كلها سواء ولأن كلها في أصل المنفعة سواء
فلا يعتبر التفاوت كالأيدي والأصابع وهذا إذا كان خطأ
فإن كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات **قال** ومن
ضرب عضوا فأذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت والعين إذا

والعين اذا ذهب ضوؤها لان المتعلق تفويت جنس المنفعة ولذا لو لحيته لانه فوّت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة التي عليه لزوال الحالة عن اثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الراس والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والآمة وهي التي تصل الى ام الراس وهو الذي فيه الدماغ **قال** في الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص **قال** ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله في الاصل وهو ظاهر الرواية انه يجب القصاص فيما قبل الموضحة

لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص **قال** وفيما دون الموضحة حكومة العدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فيجب اعتبار حكم العدل وهو ماثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز رحمهما الله **قال** وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احداهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد رحمه الله ان لم يذكر المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بدءا مروي عن ابي يوسف رحمه الله وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى

وتحكيم ونجد هذه شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة منفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس لغة وما كان من غير الوجه والراس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما يجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منهما في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الراس او جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي رحمه الله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه

فصل وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله صلى الله عليه وسلم وفي اليدين الدية وفي احداهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتابع قال وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان اصبعان فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهداره

احدهما ان كل واحد اصل من وجه فيترجح بالكثرة وله ان الاصابع
اصل والكف تبع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها واوجب الشرع
في اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم اولى
من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلاثة اصابع
يجب ارش الاصابع ولا شي في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول
في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع
قائمة باسرها وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا
للادمي لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية
لما قلنا وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل
وقال الشافعي رحمه الله يجب دية كاملة لان الغالب فيه الصحة
فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء
المنفعة واذا لم يعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح
حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو
الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام
وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي
العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في
العمد والخطأ، ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه دخل

ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء
فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر
حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد
فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر لا يدخل
لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه
ما ذكرناه، وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة
مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن ابي يوسف
ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول
ان كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء
المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا وجه
الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به
قال وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص
في ذلك عند ابي حنيفة قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص
قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى
فشل ما بقي من الاصبع او اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب
الدية في المفصل الاول وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر بعض رجل سن فسود
ما بقي ولم يحك خلافا وينبغي ان تجب الدية في السن كله ولو قطع المفصل واترك

ما يبس وأكبر فيه الكسر وآكل البعض لم يكن ذلك لأن الفعل
نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما إذا شجه منقلة فقال أشجه موضحة
وأترك الزيادة لأن الخلافية أن الفعل في محلين فيكون جنايتين
مبتدأتين فالشبهة في أحدهما لا يتعدى إلى الأخرى كمن رمى إلى رجل عمدا
فأصابه ونفذ إلى غيره فقتله يجب القود في الأول وله أن الجراحة الأولى
سارية والجزاء بالمثل ليس في وسعه للشارع فيجب المال ولأن الفعل واحد
حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر
فأورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية بخلاف النفسين لأن أحدهما ليس
من سراية صاحبه وبخلاف ما إذا وقع السكين على الإصبع لأنه ليس فعلا
مقصودا وإن قطع أصبعا فشلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص في شيء من ذلك
عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا وزفر والحسن رحمهم الله يقتص من
الأولى وفي الثانية أرشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن
سماعة عن محمد رحمهما الله في المسألة الأولى وهو ما إذا شجه موضحة فذهب
بصره أنه يجب القصاص فيهما لأن الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس
والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الأخيرة لأن الشلل لا
قصاص فيه فصار الأصل عند محمد رحمه الله يجب القصاص كما لو آلت
إلى النفس وقد وقع الأول ظلما ووجه المشهور أن ذهاب البصر بطريق التسبيب

ألا يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها والأوجه التسبيب بخلاف السراية
إلى النفس لأنه لا يبقى الأولى فانقلبت الثانية مباشرة ولو كسر بعض السن
فسقطت فلا قصاص إلا في رواية ابن سماعة ولو أوضحه موضحتين ثنتا كلتا
وهو على الروايتين جاء بن ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الأرش في
قول أبي حنيفة رحمه الله وقالا عليه الأرش كاملا لأن الجناية قد تحققت والحادث
نعمة مبتدأة من الله تعالى وله أن الجناية انعدمت معنى فصار كما إذا قلع
سن صبي فنبتت لا يجب الأرش بالإجماع لأنه لم تفت منفعة والزينة وعن
أبي يوسف رحمه الله أنه تجب حكومة عدل لمكان الألم الحاصل ولو قلع سن غيره
فردها صاحبها في مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع الأرش بكماله لأن
هذا مما لا يعتد به إذ العروق لا تعود وكذا إذا قطع أذنه فألصقها فالتحمت
لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع
فنبتت سن الأول فعلى الأول لصاحبه خمسمائة درهم لأنه تبين أنه استوفى بغير
حق لأن الموجب فساد المنبت ولم يوجد حيث نبتت مكانها أخرى فانعدمت
الجناية ولهذا يستأنى حولا بالإجماع وكان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك القصاص
إلا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لأنه تنبت فيه ظاهرا فإذا
مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص وإذا نبتت تبين أنا أخطأنا فيه
والاستيفاء كان بغير حق إلا أنه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال ولو

ضرب إنسانا سنه فتحركت يستأنى حولا ليظهر أثر فعله فلو أجله القاضي
سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط
بضربه فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف ما إذا شجه
موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب
لأن الموضحة لا تورث المنقلة أما التحريك يؤثر في السقوط فافترقا وإن
اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لأنه ينكر أثر فعله وقد
مضى الأجل الذي وقته القاضي لظهور الأثر فكان القول للمنكر ولو لم
يسقط لا شيء على الضارب وعن أبي يوسف رحمه الله أنه تجب حكومة الألم
وسنبين الوجهين بعد هذا إن شاء الله تعالى ولو لم يسقط ولكنها اسودت
يجب الأرش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لأنه
لا يمكنه أن يضربه ضربا تسود منه وكذا إذا كسر بعضه واسود الباقي
لا قصاص لما ذكرنا وكذا إذا احمر أو اخضر ولو اصفر فيه روايتان
ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر
سقط الأرش عند أبي حنيفة رحمه الله لزوال الشين الموجب
وقال أبو يوسف رحمه الله عليه أرش الألم وهو حكومة عدل لأن
الشين إن زال فالألم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد رحمه الله
لأنه إنما لزمه أجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كأنه أخذ

ذلك من ماله إلا أن أبا حنيفة رحمه الله يقول إن المنافع على أصلنا لا تتقوم
إلا بعقد أو بشبهة ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا ومن ضرب
رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه أرش الضرب معناه إذا بقي أثر الضرب فأما
إذا لم يبق أثره فهو على الخلاف الذي مضى في الشجة الملتحمة قال ومن قطع
يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء خطأ فعليه الدية وسقط أرش اليد لأن الجناية
من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وإنما بدل النفس بجميع أجزائها
فدخل الطرف في النفس كأنه قتله ابتداء قال ومن جرح رجلا
جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي رحمه الله يقتص منه في الحال اعتبارا
بالقصاص في النفس وهذا لأن الموجب قد تحقق فلا يؤخر ولنا
قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولأن الجراحات يعتبر فيها
مآلها لا حالها لأن حكمها في الحال غير معلوم لعلها تسري إلى النفس
فيظهر أنها قتل وإنما يستقر الأمر بالبرء وكل عمد سقط القصاص فيه
بشبهة فالدية في مال القاتل وكل أرش وجب بالصلح فهو في مال القاتل
لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير أن الأول
يجب في ثلاث سنين لأنه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبه شبه العمد والثاني يجب
حالا لأنه مال وجب بالعقد فأشبه الثمن في البيع وإذا قتل الأب ابنه عمدا فالدية
في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي رحمه الله تجب حالة لأن الأصل أن ما يجب

بالإبل فيجب حالاً والأجل للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه
ولأن المال جبراناً لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا أنه
مال وجب بالقتل فيكون مؤجلاً كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لأن القياس
يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به
مؤجلاً لا معجلاً فلا يعدل عنه لا سيما إلى زيادة ولما لم يجز التغليظ الجاني
فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولأن الإقرار لا يتعدى
المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة وعمد
الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها
خمسمائة فصاعداً والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي رحمه الله عمده
عمد حتى يجب الدية في ماله لأنه عمد حقيقة إذ العمد هو القصد غير
أنه تخلف عنه أحد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو
الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على أصله لأنهما
يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه أنه جعل عقل المجنون على عاقلته
وقال عمده وخطؤه سواء ولأن الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ
لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو أعذر أولى
بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فإنها تترتب على العلم والعلم
بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فأنى يتحقق منهما

العضو وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من أهل
العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لأنهما مرفوعا
القلم

فصل في الجنين

وإذا ضربت بطن امرأة فألقت
جنيناً ميتاً ففيه غرة وهو نصف عشر الدية قال رضي الله عنه معناه
دية الرجل وهذا في الذكر وفي الأنثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة
درهم والقياس أن لا يجب شيء لأنه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة
للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم ويروى أو خمسمائة فتركنا
القياس بالأثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي رحمهما الله
وهي على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك رحمه الله
في ماله لأنه بدل الجزء ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة على العاقلة
ولأنه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا أندي
من لا صاح ولا استهل الحديث إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة
وتجب في سنة وقال الشافعي في ثلاث سنين لأنه بدل النفس
ولهذا يكون موروثاً بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن رحمهما الله
أنه قال بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل على العاقلة في سنة
ولأنه إن كان بدل النفس من حيث إنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث
الاتصال

بالأم فعملنا بالشبه الأول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل إلى
سنة لأنه بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر
يجب في سنة بخلاف أجزاء الدية لأن كل جزء منها على من وجب عليه في ثلاث سنين ويستوي
فيه الذكر والأنثى لإطلاق ما روينا ولأن في الجنين إنما ظهر التفاوت لتفاوت
معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة فإن
ألقته حيا ثم مات ففيه الدية الكاملة لأنه أتلف حيا بالضرب السابق
وإن ألقته ميتا ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم وغرة بإلقائها وقد صح
أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في هذا بالدية والغرة وإن ماتت الأم من
الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الأم ودية في الجنين
وقال الشافعي رحمه الله تجب الغرة في الجنين لأن الظاهر موته بالضرب
فصار كما إذا ألقته ميتا وهي حية ولنا أن موت الأم أحد سببي موته لأنه
يختنق بموتها إذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك قال
وما يجب في الجنين موروث عنه لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب
حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها
لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل وفي جنين الأمة إذا كان
ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى وقال الشافعي
فيه عشر قيمة الأم لأنه جزء من وجه وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها

من الأصل ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند
ظهور النقصان في الأصل ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه
فيقدر بها وقال أبو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم اعتبارا
بجنين البهائم وهذا لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما مر
فيصح الاعتبار على أصله فإن ضربت فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته
حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وإن مات بعد العتق لأنه قتله
بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب
قيمته حيا لأنه بالضرب صار قاتلا إياه وهو حي فنظرنا إلى حالتي
السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد رحمه الله تجب قيمته ما بين كونه
مضروبا إلى كونه غير مضروب لأن الإعتاق قاطع للسراية على ما نبين من
بعد إن شاء الله تعالى ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي رحمه الله
تجب لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة
وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا
إلا أن يشاء ذلك لأنه ارتكب محظورا فإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل
له ويستغفر مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين
التام في جميع هذه الأحكام لإطلاق ما روينا ولأنه ولد في حق أمومية الولد
وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولأن بهذا
القدر يتميز من العلقة والدم

العقل ويعتبر من العلقة والدم وكان نفسا

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا فكذا في الحق المشترك ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق ما في معناه به اذ المانع متعنت فاذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا اضرار في الاسلام وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا او ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل احد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه سبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو

الاصل في ذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا اول الباب ولهذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب نظر فان اصابه ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد فيه ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق شيئا آخر لم يضمنه لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرته ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا

من العملة فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما
الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجب عليهم الكفارة و
الفعل غير داخل في عقده ولم يتسلم فعلهم فيقتصر عليهم وان سقط
بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار حتى استحقوا
الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكأنه فعل بنفسه فلهذا
يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا
رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل
ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد
ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا
اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد
فالظاهر انه لا يزلق لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن
الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا
للمرور ولا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك
لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذلك
الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذه صاحبها او بعضه ولو رش
فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا وان استأجر
اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان

على الآمر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على
الاجير لفساد الامر ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع
حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت بهيمة فضمانها في ماله
لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال
فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق
بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب
بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا
فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به انسان
كان ضامنا لتعديه بشغله ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به
انسان فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله
وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها
الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن
لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة
وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات
على رأي الامام او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل
في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذلك
لو حفره في ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفره في فناء داره

لان له ذلك لمصلحة داره ولا فساد في تصرفه وقيل هذا اذا كان
الفناء مملوكا له وكان له حق الحفر فيه لانه غير متعدي اما اذا كان
لجماعة المسلمين او مشتركا بان كانت في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه
مسبب متعدي وهذا صحيح ولو حفر في طريق ومات الواقع فيه جوعا
او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مات لمعنى في نفسه
والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف ان مات جوعا
فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع
لا يختص بالبئر وقال محمد رحمه الله هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث
بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه وان استاجر اجراء يحفرون ها
له في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها في
غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم
كانوا مغرورين فصار كما اذا امر اخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان
الشاة لغيره الا ان هناك يضمن المامور ويرجع على الامر لان الذابح مباشر
والامر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن المامور ويرجع للغرور وههنا
يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد
والمستاجر متعد فترجح جانبه وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء
لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم وان

قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا ومات فيه انسان
فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان
الضمان على المستاجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده
في التصرف من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء
دكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرناه
فكفى ذلك لنقل الفعل اليه ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل
المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل القنطرة وكذلك اذا وضع خشبة في
الطريق فتعمد رجل المرور عليها لان الاول تعدى وهو تسبيب والثاني تعدى
وهو مباشرة وكانت الاضافة الى المباشر اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار
يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان
فعطب به انسان ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه
فسقط فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشتمل الوجهين والفرق ان حامل
الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظه
ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرنا فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد رحمه الله
اذا لبس ما لا يلبسه عادة فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه

قال واذا كان المسجد للعشيرة فعلق فيه رجل منهم قنديلا او جعل
فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة

ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن في الوجهين لان
هذه من القرب وكل واحد ماذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط
السلامة كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد وله
وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب
الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم
بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل
غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي
الغرامة اذا اخطا الطريق كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق
فيما نحن فيه الاستيذان من اهله **قال** وان جلس فيه رجل منهم
فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلوة وان كان في غير الصلوة ضمن
وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراة
القران او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام
في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على الخلاف واما
المعتكف فقد قيل على هذا الخلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق ولهما ان
المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها
فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلوة او لان المنتظر
للصلوة في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة وله ان

المسجد بني للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت
فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا
بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد
بشرط السلامة كالرمي الى الكافر او الى الصيد والمشي في الطريق والمشي
في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير
العشيرة فيه في الصلوة فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلوة
وامر الصلوة بالجماعة وان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من
المسلمين ان يصلي فيه وحده

فصل في الحائط

قال واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه
فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال
والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان
اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهوا ليس من فعله فصار كما قبل
الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل
هوا المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه
يجب عليه واذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره
يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل
الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان

يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به
ودفع الضرر العام من الواجب ولم تعلق بحائط يتعين لدفع هذا
الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم ما تلف به من النفوس
يجب الدية ويتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطا فيستحق
فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى استيصاله والاجحاف
به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان
العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد
وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب
الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى
هذا الرجل في هدم حائطه هذا والتقييد بالاشهاد دليل ان يهن الحائط
الانهدام التخرق ولو بنى الحائط مايلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه
من غير اشهاد لان البناء تعدٍ ابتداء كما في اشراع الجناح وتقبل شهادة رجلين
وامرأتين على التقدم لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة
يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي
ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح
التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان او مكاتبا ويصح
التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فيتفرد كل صاحب

حق **قال** وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة
لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم
المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواها ولو اجله
صاحب الدار او ابراه منها او فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان
عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله
القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة المسلمين وليس اليهما
ابطال حقهم ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ
من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف
اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا
ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو
ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل انه يصح التقدم
الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح
التقدم اليه كالمرتهن والمستاجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم
الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى الاب
او الام في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان
في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى
العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية النقض له

ثم التالف بالسقوط ان كان عبدا فهو في عنق العبد وان كان نفسا
فديتها على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال
يلحق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد
الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده
لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي
ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله
فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ الى الاولياء
لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض
ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقض لان المقصود
امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه
وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل
انسانا ضمن خمس الدية ويكون على عاقلته وان كانت الدار بين ثلاثة
نفر فحفر احدهم فيها بئرا او بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية
على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا عليه نصف الدية على عاقلته
في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد
عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما في عقر الاسد ونهش
الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل

المقدر والثمن المقابل لان اصل ذلك للسبب بعلة وهو الثقل حتى
يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل واذا كان كذلك تضاف الى العلة
الواحدة ثم تقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة
علة للتلف بنفسها صغرت او كبرت على ما عرف الا عند المزاحمة اضيف الى
الكل لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما اوطأت الدابة ما اصابت بيدها او رجلها او
راسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها
او ذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه
يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس
فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد
بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه
لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء
وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه
والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به
فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف
ان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به
فيضمنه قال وان اصابت بيدها او برجلها حصاة او نواة او اثارت

غبارًا او حجرًا صغيرا ففقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان
كان حجرًا كبيرًا يضمن لانه في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب
لا يعري عنه وفي الثاني ممكن لانه ينفك عن السير عادة وانما ذلك
بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف
قال فان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان
لم يضمن لانه من ضرورات السير وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب
ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان
بروثها او بولها ضمن لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات
السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به
والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت
بيدها دون رجلها والمراد النفحة قال رحمه الله هكذا ذكره
القدوري في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه ان النفحة
بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد
فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشايخ ان السائق لا يضمن
النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه
التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق اكثر
النسخ وهو الاصح وقال الشافعي رحمه الله يضمنون النفحة كلهم

لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرنا وقوله عليه السلام الرجل
جبار معناه النفحة بالرجل انتقال الفعل بتخويف القتل كما في
المكره وهذا تخويف بالضرب قال وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه
الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف
وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما
يمكن الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب الكفارة فيما اوطأته الدابة
بيدها او برجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء
لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير
الدابة مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما
الى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة
لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث
والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان راكب
وسائق قيل لا يضمن السائق ما اوطأت الدابة لان الراكب مباشر
فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولى وقيل
الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان **قال** واذا اصطدم
فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر
والشافعي رحمهما الله يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لما روي في ذلك

بجنى علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله
وبفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه
ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما
نفسه وصاحبه جراحة او حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما
يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا ان الموت مضاف
الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح
مستندا للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها
لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح
في غيره سبب للضمان كالنائم اذا انقلب على غيره وروي عن علي رضي الله عنه
انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا
بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق وهذا
الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم
في الخطأ لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى
خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد
منهما هلك بعدما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا
ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة
المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لانه على

على اصل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تجب القيمة على
العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد اخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه
ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد تجب
على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف
في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته
وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر ما اخلف من البدل
وهو نصف القيمة **قال** ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله
ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه
متعد في هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد
والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة ولانه قاصد
لحفظ هذه الاشياء كالمحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل
فيتقيد بشرط السلامة **قال** ومن قاد قطارا فهو ضامن
لما اوطأ فان وطئ بعير انسانا ضمن به الدية على العاقلة لان القائد
عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير
فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب للضمان الا ان ضمان النفس على
العاقلة فيه وضمان المال في ماله وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان
قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان

في جانب من الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن عما
عطب بما هو خلفه ويضمان ما تلف بما بين يديه لان القايد لا يقود
ما خلفه الا بانضمام الزمام والسايق يسوق ما يكون قدامه

قال وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقايد لا يعلم فوطئ المربوط
انسانا فقتله ضمن عاقلة القايد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن
ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة
كما في القتل الخطا ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم
في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما متسبب لان
الربط من القايد بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود
دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار تسير لانه امر بالقود
دلالة فاذا لم يعلم به لم يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان
على الرابط اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القايد لانه
قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه

ومن ارسل بهيمة وكان لها سايقا فاصابت في فورها يضمن لان الفعل
انتقل اليه بواسطة السوق ولو ارسل طيرا وساقه فاصاب
في فوره لا يضمن والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق
فاعتبر سوقه وبدن الطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق

وعدمه بمنزلة وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له سايقا لم يضمن ولو
ارسله الى صيد ولم يكن له سايقا فاخذ الصيد وقتله حل ووجه
الفرق ان البهيمة مختارة في فعلها ولا يصلح نايبا عن المرسل فلا ينضاف
فعلها الى غيره هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطياد
فاضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا
حاجة في حق ضمان العدوان قال رضي الله عنه وذكر في المبسوط
اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصابت في فورها فالمرسل ضامن
لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة
انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن طريق اخر سواه وكذا اذا
وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سارت فاخذ الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود
المرسل لانه لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل فتقطع حكم
الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا او مالا في فوره
لا يضمن من ارسله وفي الارسال في الطريق يضمن لان شغل الطريق تعد
فيضمن ما تولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف
التعدي ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فوره ضمن المرسل
وان مالت يمينا وشمالا وله طريق اخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة

الدابة فاصابت مالاً او آدمياً ليلاً او نهاراً لا ضمان على صاحبها لقوله
عليه السلام العجماء جبار قال محمد رحمه الله هي المنفلتة ولان الفعل
غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته
قال شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لان المقصود اللحم
فلا يعتبر الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في
عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي رحمه الله فيه النقصان ايضاً اعتباراً
بالشاة ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع
القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم
كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد
تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي
في ايجاب الربع وبشبه الآخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل
بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فكانها ذات اعين اربع فيجب
الربع بفوات احديها **قال** ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل او
نخسها فنفحت رجلاً او ضربته بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك
على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب
والمركوب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله
بيده ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب غير متعد فيترجح جانبه في التغريم

للتعدي حتى لو كان واقفاً دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب
والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضاً وان نفحت الناخس كان دمه
هدراً لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت الراكب فقتلته كانت ديته
على عاقلة الناخس لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة
ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس
دون الراكب لما بيناه والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الضمان على الناخس والراكب
نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف
الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان
ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه امره
بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر
قال ولو وطئت رجلاً في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية
عليهما جميعاً اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك
الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث
انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطء فالنخس
ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط وعلة للسير والسير علة للوطء
وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انساناً فوقع في بئر حفرها غيره

على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما أن الحفر سرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لأنه فعل بأمره وقيل لا يرجع وهو الأصح فيما أراه لأنه لم يأمره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما إذا أمر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت إنسانا ومات حتى يضمن عاقلة الصبي فإنهم لا يرجعون على الآمر لأنه أمره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا إذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس إنما يضمن إذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا إليه وإذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس فبقي السوق مضافا إلى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصابت في فورها فهو على الناخس وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره لأنه مضاف إليه والناخس إذا كان عبدا فالضمان في رقبته وإذا كان صبيا فالضمان في ماله لأنهما مؤاخذان بأفعالهما ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفحت إنسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لأنه متعد بشغل الطريق فأضيف إليه كأنه نخسها بفعله

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال وإذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه إما أن تدفعه بها أو تفديه

وقال الشافعي رحمه الله جنايته في رقبته يباع فيها إلا أن يقضي المولى الأرش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم له أن الأصل في موجب الجناية أن يجب على المتلف لأنه هو الجاني إلا أن العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لأن العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فيجب في ذمته كما في الدين ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال ولنا أن الأصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله والإجحاف به إذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني إذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به والأصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على أهل الديوان بخلاف الذمي لأنهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لا تعقل المال إلا أنه يخير بين الدفع والفداء لأنه واحد وفي إثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحر لأن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال فإن دفعه ملكه ولي الجناية فإن

فمن وراه فداه بارشها وكل ذلك يلزمهم حالاً اما الدفع فلان
التاجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما
الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف
ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالاً
كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية اما الدفع فلان
حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء
فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد له فان
لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه
على ما بيناه وان مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق
من رقبة العبد الى ذمة المولى قال فان عاد فجنى كان
حكم الجناية الثانية حكم الاولى معناه بعد الفداء لانه لما طهر
عن الجناية بالفداء جعل كأن لم يكن وهذا ابتداء جناية قال
وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه
على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى
برقبته لا يمنع تعلق الثانية به كالديون المتلاحقة الا ترى ان ملك
المولى لا يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع
ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتهما وان كانوا جماعة

يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع اروشهم
لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين
على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجاج وللمولى ان يفدي
من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لان الحقوق
مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد
اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الآخر لان الحق
متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث
خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها قال فان اعتقه المولى
وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم
بالجناية ضمن الارش لان في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما
ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار
مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للآخر
وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك
مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به
حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز
ان الامر كما قاله المقر والحقه الكرخي رحمه الله بالبيع واخواته لانه ملكه في
الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب

حرّ فهو مختار للفداء وان فعل ذلك اي علق العتق بضرب او رجم
القصاص وقال زفر لا يصير مختارا لان وقت التكلم لا جناية ولا علم
له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا ترى انه
لو علق الطلاق او العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق او لا يعتق ثم
وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث بيمينه تلك كذا هذا ولنا
انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند الشرط كالمنجز
فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا ترى ان من قال لامرأته ان دخلت
الدار فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال
لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك
المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورده
لان غرضه طلاق او عتاق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع
فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط
بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة الاختيار

قال وإذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه
ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رده على المولى وقيل
للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه و
سرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان اطراف

ينتظم النفس وما دونه وكذا البيع المختلف واطلاق البيع ينتظم
البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان
الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال
ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف
الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير
مختارا ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه
منه لان المستحق اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع
واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرنا لان
فعل المامور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما
بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا
لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب
على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام
لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير
مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة
وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان
لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم
المولى قيمته ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت

بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له
في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا وبعد ذلك وان بطل حكما
يبقى موجودا حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص اما هنا الصلح لا عن
الجناية بل تقديرها حين صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم
يمنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فلا يتخرج على ما ذكرنا فكان

قال واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه
المولى وهو لم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء
الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد
الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذلك عند الاجتماع ويمكن الجمع بين
الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع
للغرماء فيضمنهما بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث تجب قيمة
واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم
الملك ولا يظهر في مقابلته الحقان لانه دونه وصاحب كل منهما بالاولى
فلا ترجيح فيظهر ان فيضمنهما

قال واذا استدانت الامة المأذون لها
لها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد
معها والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها
استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع

العبيد الا يجوز القصاص بينهما وبين الاطراف الحر فاذا سرى
تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا
بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلاث
في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه
لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر
ان من تقدم على تصرف يقصد تصحيحه والصحة لهذا الصلح الا
بان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي
المولى به يصح وقد رضي المولى به لانه لما رضي بكون العبد عوضا
عن القليل يكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح
في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول
وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل
وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة
يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك
قال العبد صلح بالجناية الى اخر ما ذكرنا من الرواية وهذا
الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات
حيث لا يجب القصاص هنالك وهنا قال يجب قيل ما ذكر هنا جواب
القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل

في ذمة المولى لأخذه ذمتها وأماتلاتها أثر الفعل الحقيقي
ونحو الذمة والقرابة في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف
الحقيقية **قال** وإذا كان العبد لرجل زعم رجل أن مولاه أعتقه
فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطأ فلا شيء له لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه
فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى إلا أنه لا يصدق
في العاقلة من غير حجة **قال** وإذا أعتق العبد فقال لرجل قتلت
أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد لأنه
منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان إذ
الكلام فيما إذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا
أو فداء وصار كما إذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي أو بعت داري
وأنا صبي أو قال طلقت امرأتي وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفا
كان القول قوله لما ذكرنا **قال** ومن أعتق جارية ثم قال لها
قطعت يدك وأنت أمتي وقالت قطعتها وأنا حرة فالقول قولها
وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند
أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يضمن إلا شيئا
بعينه يؤمر برده عليها لأنه منكر وجوب الضمان لإسناده الفعل إلى
حالة معهودة منافية له كما في المسألة الأولى وكما في الوطء والغلة وفي

وفي الثاني القاطع أقر بسببه حيث اعترف بالأخذ منه ثم ادعى التملك
عليه وهو منكر والقول للمنكر فلهذا يؤمر بالرد إليه ولهما أنه أقر
بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له كما إذا قال لغيره
فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل
فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فإن القول قول المقر له وهذا لأنه ما أسنده
إلى حالة منافية للضمان لأنه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن
مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والغلة لأن
وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر وكذا إذا أخذ من غلتها وإن
كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية
قال وإذا أمر العبد المحجور عليه صبيا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي
الدية لأنه هو القاتل حقيقة وعمده وخطؤه سواء على ما بينا من قبل ولا
شيء على الآمر وكذا إذا كان الآمر صبيا لأنهما لا يؤاخذان بأقوالهما
لأن المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة
الصبي القاتل على الصبي الآمر أبدا ويرجعون على العبد الآمر بعد
العتاق لأن عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان أهلية العبد
بخلاف الصبي لأنه قاصر الأهلية **قال** وكذلك إن أمر عبدا معناه
أن يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع

اذا العفو والرجوع لمعنى الاول في الحال وجب ان يرجح جانب العفو
بالقتل من العفو وحقيقة العفو لانه غير مضطرب في حق الزمان وهذا
اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان
عمده خطأ اما اذا كان كبيرا اوجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد
قال واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا
احد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه
بعشرة آلاف درهم لانه لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص
وانقلب الانصباء مالا وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة
او في عشرين الفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف فان
كان قتل احدهما عمدا والآخر خطأ فعفا احد وليي العمد فان فداه المولى
فداه بخمسة عشر الفا خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف
لوليي الخطأ لانه لما انقلب العمد مالا كان حق وليي العمد في كل الدية عشرة
آلاف وحق احد وليي العمد نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء
فيجب خمسة عشر الفا وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لوليي الخطأ وثلثه لغير
العافي من وليي العمد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفعه ارباعا ثلاثة
ارباعه لوليي الخطأ وربعه لوليي العمد فالقسمة عندهما بطريق
المنازعة فيسلم النصف لوليي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة

الفريقين في النصف الآخر فيتنصف فلهذا يقسم ارباعا وعنده
يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق يتعلق بالرقبة
اصله التركة المستغرقة بالديون فتضرب هذا بالكل وذلك بالنصف
ولهذه المسألة نظائر وذكرناها في الزيادات قال واذا كان
عبد لرجلين فقتل مولى لهما اي قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع
عند ابي حنيفة وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر
او يفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ قول محمد مع ابي حنيفة
فصل ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا يزاد على عشرة آلاف
درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف او اكثر قضي له بعشرة آلاف الا عشرة
وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته
عشرون الفا فهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان
الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملكه الا من حيث
المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى البيع ويبقى العقد ببقاء المالية
اصلا او بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة رحمه الله
قوله تعالى ودية مسلمة اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية
ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما

يجب اعتباره مقدارا بالادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب
بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء الآدمية تبع فاما ح
يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك ما دون الدية
وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته
رداً لا على الخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف ونقصنا منها
في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة باثر عبد الله بن عباس (عبد الله بن مسعود)
رضي الله عنهما **قال** وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة
آلاف الا خمسة لان اليد من الآدمي نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار
اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد
لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه
وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا
ان ضمان الغصب ضمان المالية **قال** ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى
ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص
منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا
قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه
ويبطل الفضل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول للاشتباه من الحق لان
القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح وعلى اعتبار حالة الجرح

يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه
~~الا المالكين الحالين~~ وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام
واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى
بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت
من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد رحمه الله
في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية
قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على
اعتبار الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال
لآخر بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها
ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية
بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه
وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف
الفصل الاول لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب هنا
لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسألة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح
حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في
الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح
يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه

ديونه وتنفذ وصاياه بخلاف الاشتباه اما الحكم لوجوب القصاص والعبد مبقى في اصل الحرية فيه على اعتبار ان يكون الحق فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فمن له الحق واذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد رحمه الله يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل في ملكه وبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد رحمه الله في الثاني قال ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق في احدهما فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك وكان القياس ان لا يصح العتق المجهول لانه لا يفيد فايدته وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها قال ومن فقا عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده

واخذ القيمة وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي رحمه الله يضمن كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفايت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقا احدى عينيه ونحن نقول المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقا عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقا احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى في الوجه الذي قلنا كما في ساير الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالادمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا يرى ان عبدا لو قطع يد عبد اخر يومر المولى بالدفع او الفداء وهذا من

من احكام الادمية لانّ موجب الجناية على المال ان
تباع رقبته فيها ثم من احكام الادمي ان لا تنقسم على الاجزاء
ولا يملك الجثة ومن احكام الدابة ان تنقسم ويملك الجثة فوفرنا
على الشبهين حظهما من الحكم

فصل في جناية المدبر

وام الولد قال واذا جنى المدبر او ام الولد جناية ضمن المولى
الاقل من قيمته ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة رضي الله عنه انه قضى
بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا تسليمه في الجناية بالتدبير
او الاستيلاد من غير اختياره الدفع فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية
وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية
في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا تخيير بين
الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة
بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير
بين الدفع والفداء وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة
واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد
وذلك لا يتكرر فكذلك هذا ويتضاربون بالحصص في قيمته
لكل واحد حال الجناية عليه لان المنع في حق الكل يتحقق
وان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء

فلا شيء عليه لانه مجبور على الدفع قال وان كان المولى دفع القيمة
بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع
ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا شيء على المولى لانه حين
دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما
اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة رحمه الله ان المولى جانٍ بدفع حق ولي الجناية
الثانية طوعا وولي الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية
مقارنة حكما من وجه ولهذا تشارك ولي الجناية الاولى ومتاخرة حكما من حيث
تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين ابطالا
لما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين واذا اعتق المولى المدبر وقد
جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار
وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة المدبر في جميع
ما وصفنا لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية
لم يجز اقراره ولم يلزمه بها شيء عتق او لم يعتق لان موجب جناية الخطأ
على سيده واقراره لا ينفذ على السيد

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه
قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في

يد الغاصب فلا شيء عليه والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب
الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع ولم
يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية
فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو
استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان **قال** واذا غصب العبد
المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ
بافعاله قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى
عنده اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير
السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير متلفا
حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد
على قيمتها ويكون بين ولي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب
قال ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف
البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد
بهذا السبب قال ويدفعه الى ولي الجناية الاولى
ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى
على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه

كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا
يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى
في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد
شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا ياخذه ليتم حقه فاذا اخذه منه
يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب
قال فان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى
فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما
بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية
اذا كانت في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا
يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع ثم وضع المسألة في العبد **قال**
ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه
الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى
الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى
ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه
الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا
الا انه في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة

قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم
غصبه ثانيا فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان
لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته
على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها
الى الاول لانه استحق كل القيمة لان الجناية عليه لا حق لغيره
وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال ويرجع به على
الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه
الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق
له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل اليه ذلك ثم قيل
هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق
لهما ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى
لان الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق
اما في هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها
في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرنا قال ومن غصب صبيا
حرا فمات في يده فجاة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة
او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان
والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رحمه الله

لان الغصب لا يتحقق في الحر الا يرى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن
مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا رقبة ويدا اولى وجه الاستحسان
انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه
نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق
والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه وهو متعدي
فيه وقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة
العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجاة
او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب
فيه الامراض والحمى نقول انه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا
تسبيبا قال واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان
اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
والشافعي رحمهما الله يضمن في الوجهين وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور
مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد ويؤاخذ
به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي رحمهما الله يؤاخذ في الحال
وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي وقال
محمد رحمه الله في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع
المسئلة في صبي ابن اثني عشر سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق

لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر اما انه اتلف مالاً متقوماً معصوماً
حقاً لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبداً وكما اذا اتلفه غير
الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه اتلف مالاً غير
معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة
تثبت حقاً له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقاً
للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه بخلاف البالغ والماذون له لان لهما
ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبداً لان عصمته لحقه
اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي
لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي دون غيره **قال** وان
استهلك مالاً ضمن يريد به من غير ايداع لان الصبي مواخذ بافعاله وصحة القصد
لا معتبر بها في حقوق العباد

باب القسامة

واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلاً منهم يتخيرهم
الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً وقال الشافعي رحمه الله اذا كان هناك
لوث استحلف الاولياء خمسين يميناً ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمداً
كانت الدعوى او خطأ وقال مالك رحمه الله يقضى بالقود اذا كانت الدعوى
في العمد وهو احد قولي الشافعي واللوث عندهما ان يكون هناك علامة
القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل

او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهداً له فمذهبه
مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي فان حلفوا لا دية عليهم
للشافعي في البداية بيمين الولي قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون
انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب
اليد فاذا كان الظاهر شاهداً للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل
له كما في النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها
والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي
واليمين على من انكر يعني على المدعى عليه وروى ابن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم
بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان
اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا
لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم
الولي اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر
انه يختار من يتهمه بالقتل او صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة
ابلغ فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون و
يعلمون تفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما تفيد يمين الطالح ولو
اختاروا اعمى او محدوداً في قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة
قال فاذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف

الولي وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية لقوله عليه السلام في
حديث عبد الله بن سهل يبرئكم اليهود بأيمانها ولأن اليمين عهد
في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوي ولنا أنه
عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن ابي مريم
وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام يبرئكم اليهود
محمول على الابراء عن الحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة
ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين
الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص
ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم
او وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ ومن أبى منهم اليمين
حبس حتى يحلف لأن اليمين فيه مستحقة لذاته تعظيما لأمر الدم ولهذا
يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الأموال لأن اليمين بدل عن اصل حقه
ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذي
ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض
لا بأعيانهم والدعوى في العمد والخطأ لأنهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى
على البعض **قال** وان لم يكمل اهل المحلة كررت الأيمان عليهم
حتى تتم خمسين لما روي أن عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى اليه

تسعة وأربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى
بالدية وعن شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك ولأن الخمسين واجب بالسنة
فيجب اتمامها ما أمكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها
بالسنة ثم فيه استعظام أمر الدم فإن كان العدد كاملا فأراد الولي أن يكرر
على أحدهم فليس له ذلك لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال **قال**
ولا قسامة على صبي ولا مجنون لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح
واليمين قول قال ولا امرأة ولا عبد لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين
على أهلها وإن وجد ميت لا أثر به فلا قسامة ولا دية لأنه ليس بقتيل
إذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حي وهذا ميت حتف
أنفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة احتمال القتل ثم يجب عليه القسم
فلا بد أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بأن يكون به جراحة أو
أثر ضرب أو خنق وكذا إذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه لأنه لا يخرج
منهما إلا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما إذا خرج من فمه أو دبره أو
ذكره لأن الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل أحد وقد ذكرناه
في الشهيد ولو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف
ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية وإن وجد نصفه
مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده

او رجله او راسه فلا شي عليهم لان هذا الحكم عرفناه بالنص وقد ورد
به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للادمي بخلاف الاقل لانه
ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان
والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود الاول
ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال
لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلوة الجنازة
في هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به
اثر الضرب فلا شي على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب
وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل
حيا وان كان ناقص الخلق فلا شي عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا **قال** واذا
وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده
فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها او راكبها فان اجتمعوا فعليهم لان القتيل
في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم **قال** وان مرت دابة بين
قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما لان النبي عليه السلام اتي بقتيل وجد بين قريتين
فامر ان يذرع وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وادعة
وارحب كتب بان يقيس بين قريتين فوجد القتيل الى وادعة اقرب فقضى عليهم
بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان

ببلغ الصيحة يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة **قال** فان
وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه لان الدار في يده والدية
على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم **قال** ولا يدخل السكان في القسامة
مع الملاك عند ابي حنيفة وهو قول محمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير تكون بالسكنى كما تكون بالملك الا يرى
انه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر
ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك
الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما
اهل خيبر فالنبي عليه السلام اقرهم على املاكهم فكان ياخذ منهم على وجه
الخراج **قال** وهو على اهل الخطة دون المشترين وهذا قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله الكل مشتركون لان
الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل
جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب
الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري
دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد
بالكوفة **قال** وان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة
لما بينا وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية

اشتغلت ايديهم او خلص ليهم لزوال من سفنهم او مزاحمهم واذا وجد قتيل
في دار فالقسامة على رب الدار وتكرر عليه الايمان وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله القسامة عليه وعلى العاقلة
لان رب الدار اخص بها من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم
فيها عواقلهم ولهما ان الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما يلزم صاحب الدار فيشاركونه
في القسامة قال فان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها
لآخر وللآخر ما بقي فهو على رؤوس الرجال لان صاحب القليل يزاحم صاحب
الكثير في التدبير وكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤوس
بمنزلة الشفعة قال ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها
قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة
الذي في يده وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان لم يكن فيه خيار فهو على
عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي يصير له لانه انما انزل
قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له الحفظ والولاية
تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري
قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في
صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ باليد
الا ترى انه يقدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقدر بالملك

دون

دون اليد وفي البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار للبائع
قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو
اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه
بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ قال ومن
كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى يشهد الشهود انها
للذي في يده لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد
وان كانت تدل على الملك لكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما
لا يكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة
قال وان وجد القتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين
لانها في ايديهم واللفظ يشمل اربابها حتى تجب على الارباب الذين فيها وعلى
السكان وكذا من يمدها والمالك في ذلك وغير المالك سواء وكذلك العجلة
وهذا على ما روي عن ابي يوسف رحمه الله ظاهر والفرق لهما ان السفينة
تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانها
لا تنقل قال وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها
لان التدبير فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا
قسامة فيه والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك
الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق

اصحابه القيام بدفعه فيكون القسامة والدية عليهم **قال**
وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم يسقط القسامة عنهم
وقد ذكرناه فيه القياس والاستحسان قال وان ادعى على واحد من غيرهم
سقط عنهم وقد بيناه من قبل ووجه الفرق هو ان وجوب القسامة عليهم
دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم
محلا وما ادعى من غيرهم لا ان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما
يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم ياخذوا على يد الظالم
ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي
فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه **قال**
واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتل
بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء على اولئك او على رجل منهم
بعينه فلم يكن على اهل المحلة لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة
عن القسامة **قال** ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان بمجرد الدعوى
لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه اما تسقط به الحق عن اهل المحلة لان
قوله حجة على نفسه ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك
لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنه الدية والقسامة
وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام

ان كان مملوكا فعند ابي يوسف رحمه الله يجب على السكان وعندهما
على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى
بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال
وعلى قول ابي يوسف رحمه الله الدية والقسامة على اهل السجن لانهم
سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان
ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة
ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع
عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهي مختلف فيها بين ابي حنيفة
وابي يوسف رحمه الله **قال** وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو
هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كانت بهذه الحالة
لا يلحقه الغوث من غيره ولا يوصف احد بالتقصير وهذا اذا لم يكن مملوكا
لاحد وان كانت فالقسامة والدية على قبيلته وان وجد بين قريتين كان على اقربهما
وقد بيناه وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد
ولا ملكه وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان
على التفسير الذي تقدم لانه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على
الشط والشط في يد من هو يقرب منه الا يرى انهم يستقون منه الماء
ويوردون دوابهم فيها بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة اختصاص

الملك وان كان القوم لغوا ثنا لم توجد قبيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية
الا ان الظاهر انا لعدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه
وان كان الارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة لما
خلافا لابي يوسف رحمه الله وقد ذكرناه واذا قال المستحلف قتله فلان
استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة
عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد
صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه قال ولا يقبل شهادة
اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتله لم تقبل شهادتهم وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء
وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل
بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر
منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصاية
بعد ما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه وعلى هذين الاصلين يتخرج كثير من المسائل
من هذا الجنس لو ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها
عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها
عن نفسه وكان متهما وعن ابي يوسف رحمه الله ان الشهود يحلفون بالله
ما قتلناه ولا نعرف له قاتلا دون ذلك لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل قال ومن

جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش
حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف رحمه الله لا ضمان فيه ولا قسامة لان الذي حصل في القبيلة
ما دون النفس ولا قسامة فيه وصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح
اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش
اضيف اليه وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك
ولو ان رجلا معه جريح به رمق حمله انسان الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات
لم يضمن الذي حمله الى اهله في قول ابي يوسف رحمه الله وفي قياس قول ابي
حنيفة رحمه الله يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده
فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القتيل ولو وجد الرجل قتيلا
في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد وزفر رحمهم الله لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد الجريح فيجعل كانه قتل
نفسه فيكون هدرا وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا
لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على
عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله
بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه ولو ان رجلين
كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف رحمه الله

يضمن الآخر الدية وقال محمد رحمه الله لا يضمن لانه يحتمل انه قتل نفسه
ويحتمل انه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولأبي يوسف رحمه الله
ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا
وجد في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
القسامة عليها تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل
اليها في النسب وقال ابو يوسف رحمه الله القسامة على العاقلة ايضا لان
القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة والمرأة ليست من اهلها
فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحقق
قال المتأخرون رحمهم الله ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة
لانا انزلناها قاتلة والقاتلة تشارك العاقلة ولو وجد رجل قتيلا
في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال محمد
هو على صاحب الارض لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية

كتاب المعاقل

قال المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء
من ان تسفك اي تمسك قال والدية في شبه العمد والخطأ وكل دية وجبت
بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل
وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام

في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا فدوه ولان النفس
محترمة لا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى شبه العمد
نظرا الى الآلة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحافه
واستئصاله فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما
خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم
المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به قال والعاقلة اهل الديوان
اهل الرايات ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلث
سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان
وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على
عهد النبي صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب
ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان
وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير
معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف
والولاء والعد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها
على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم
اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما
هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم والتقدير بثلاث سنين مروي

عن النبي عليه السلام ويحكى عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ
من العطايا للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فان خرجت
العطايا في اكثر من ثلث سنين او اقل اخذ منها لحصول المقصود وتاويله
اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين
الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب
بالقضاء على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة
واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع
الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة واذا كان الواجب بالفعل ثلث
دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام
الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة
وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في
ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رحمه الله ما وجب على القاتل في ماله فهو حال
لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس
ياباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى
كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس
وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي
المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور

قال ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي
المعتبرة في التعاقل قال وتقسم عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد
على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها قال رضي الله عنه كذا ذكره القدوري
في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد
رحمه الله تعالى انه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلث سنين على ثلثة او اربعة
فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وهو الاصح
وان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل معناه نسبا كل ذلك
لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم
ثم الاعمام ثم بنوهم واما الاباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون
لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة وهذا
المعنى انما يتحقق عند الكثرة والاباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات
اذا لم يتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا
حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به
وهذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوي بين
الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف
دينار ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى انه لا يؤخذ من اصل المال فينقص
منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى الدية

في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء فايم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل سنة فكلما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر حصة الشهر وان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والاعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم قال وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال الشافعي رحمه الله لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء عنه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امراة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امراة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبي صلى الله عليه وسلم ورضي عنهن ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر آخر يريد به اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه من اهل مصر آخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلونهم اهل المصر باعتبار معنى القرب في النصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور المسائل الحاقلين جنا به من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء من اهل العطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو صحيح لان الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل المصر ولا يخصون به اهل العطاء وقيل تاويله

اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال واهل البادية
اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب بحكم القرابة واهل
المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير
مسئلة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه
لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان
اهل البادية لا يعقلون عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم وان
كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على
عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات لا سيما
في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم يكن
لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق
المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت
فاذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما
صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه
وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم
عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم
لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعادات فيما بينهم
ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يعقل

بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف رحمه الله لانقطاع التناصر
ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة
ثم رفع الى القاضي فانه يقضى بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر رحمه الله
يقضى على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف لان الموجب
هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء
ولنا ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء
ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك
يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الوجوب
قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه
بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت
العاقلة بعد القضاء عليهم حيث تضم اليهم اقرب القبائل في النسب
لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما
قضي به عليهم فكان فيه تقرير حكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان
القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي
بالدية على اهل البصرة ولو كان قضى بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا
البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على
اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم

وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضي بالدية عليهم في اموالهم
في ثلث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث يصير الدية في اعطياتهم وان كان
قضي بها اول مرة في اموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضى بها
في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء
والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء
من جنس ما قضي به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا يتحول
الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضي ذلك من مال العطاء
لانه ايسر قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة بهم ويؤيد
ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم قال ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه
وقبيلته لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد مر في
الولاء قال ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف
العشر فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا
ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس
ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير
الفاصل عرف بالسمع قال وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني
والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي

رحمه الله او التسوية في ان لا يجب شيء على العاقلة الا انا تركناه بما رويناه وبما روي انه
عليه السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات
وما دونه تسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كضمان المال بالتقويم فلهذا كان
في مال الجاني اخذا بالقياس قال ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم
بالصلح او باعتراف الجاني لما روينا ولانه لا يتناصر بالعبد والاقرار والصلح
لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال الا ان يصدقوه لانه ثبت
بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم ومن اقر بقتل خطاء
ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلث سنين من
يوم يقضي لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار
اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على
عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما
ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت
على العاقلة الا ان تصادقهما بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف
الاول الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في قدر حصته
مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم قال واذا جنى الحر على العبد
جناية خطاء كان على عاقلته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا و
في احد قولي الشافعي رحمه الله يجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته

بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي احد قوليه يتحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا رحمهم الله ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص بذلك من بعض ولهذا اذا مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة فيلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم تؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو اخر جزء من اجزاء حيوته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الامر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الامر ان كان ثبت باقراره في ثلث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الامر او على عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضي الله عنه وهنا عدة مسائل ذكرها محمد رحمه الله متفرقة والاصل الذي تخرج عليها ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث لم ينتقل جنايته عن الاول قضي بها او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة تحولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها اولم يقع ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضي بها على الاولى لم ينتقل الى الثانية وان لم يكن قضي بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقتها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل متاملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظاير والاضداد

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يابى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضيف الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور باطله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط

على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي ولو انهضه البرء يصرفه
الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيناه وقد
تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به
الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين والسنة وهو قول
النبي صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في اخر اعماركم
زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة
ثم تصح للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة لما روينا وسنبين ما زاد
فيه ان شاء الله تعالى قال ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام
في حديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعدما
نفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب
الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم
يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه واظهره
في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار
على ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه
بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزه الورثة
بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر
باجازتهم في حال حياته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان

لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه قبل ثبوت الحق
بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر
انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى
وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند
من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق يكون رضا ببطلان
الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازه البقية فحكمه
ما ذكرنا وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي
عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب
صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كالمرتهن
اذا اجاز بيع الراهن قال ولا تجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا
بعد ان كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره
الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي تجوز للقاتل
وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا
وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما بيناه ولو اجازتها الورثة جاز
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا تجوز لان الجناية
باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها
يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها

ورحمهم قال ولا تجوز لوارثه لقوله عليه السلام إن الله تعالى
أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية للوارث ولأنه يتأذى البعض بإيثار
البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولأنه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر
كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لأنه تمليك
مضاف إلى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث
في هذا نظير الوصية لأنه وصية حكما حتى تنفذ من الثلث وإقرار المريض للوارث
على عكسه لأنه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الإقرار إلا أن يجيزه
الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولأن الامتناع لحقهم فتجوز بإجازتهم
ولو أجاز بعض ورد بعض يجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل
في حق الراد قال ويجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالأول
لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية والثاني لأنهم
بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين
في حالة الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب باطلة
لقوله تعالى إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية قال وقبول
الوصية بعد الموت فإن قبلها الموصى له في حال الحيوة أو ردها فذلك باطل لأن
أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد
قال ويستحب أن يوصي الإنسان بدون الثلث سواء كانت الورثة أغنياء

أو فقراء لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال
الثلث لأنه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية بأقل من الثلث
أولى أم تركها قالوا إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون
فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم
أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولأن فيه رعاية حق الفقراء والقرابة
جميعا وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لأنه يكون صدقة
على الأجنبي والترك هبة من القريب والأولى أولى لأنه يبتغي بها وجه الله تعالى
وقد قيل في هذا الوجه يتخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة أو الصلة
فيتخير بين الخيرين قال والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر
وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله هو يقول الوصية أخت الميراث إذ كل منهما
خلافة لما أنه انتقال ثم الإرث يثبت من غير قبول فكذا الوصية ولنا أن الوصية
إثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا
يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله أما الوراثة خلافة حتى يثبت فيها هذه
الأحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال إلا في مسألة واحدة
وهو أن يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك
ورثته استحسانا والقياس أن تبطل الوصية لما بينا أن الملك موقوف على القبول
فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع وجه الاستحسان أن

[illegible]

الوصية من جانب الموصي وقد تم بموته تماما الحقه الفسخ من جهته اما توقف
لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار
للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين
يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين
فانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ بالاهم فالاهم الا ان يبرئه الغرماء
لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها قال
ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي رح تصح اذا كان في وجوه الخير لان
عمر رضي الله عنه اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم
ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره
ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح
وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد
بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا
وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر
النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق
فانه لا يملكه ولا الوصية وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم
مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت
فثلث مالي لفلان وصية لقصور الاهلية فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق

[illegible]

ذكر محمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد رحمه الله ان الجحود نفي في الماضي والاسفاني في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا او لان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام وربوا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية للاول على حالها لان الوصية للاول انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم تتحقق فبقي للاول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهو للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت

باب الوصية بثلث المال

قال ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة
فالثلث بينهما لأنه يضيق الثلث عن حقيهما إذ لا يزاد عليه عند عدم الإجازة
على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق
والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر
بالسدس فالثلث بينهما أثلاثاً لأن كل واحد يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث
عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون فيجعل
الأقل سهماً فصار ثلاثة أسهم سهم لصاحبه وسهمان لصاحب الأكثر وإن أوصى
لأحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة
عندهما وقال أبو حنيفة رحمه الله الثلث بينهما نصفان ولا يضرب أبو حنيفة رحمه الله
للموصى له بما زاد على الثلث إلا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة
لهما في الخلافية أن الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع
الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة وأختيها
وله أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة من الورثة
إذ لا نفاذ لها بحال فيبطل أصلاً والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق
فيبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الإجماع لأن
لها نفاذاً في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة فيعتبر في
التفاضل لكونه مشروعاً في الجملة بخلاف ما نحن فيه ومحل الخلاف ما إذا

أوصى بعين من تركته قيمتها تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن احتمل
أن يزيد المال فيخرج من الثلث لأن هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل أنه
لو هلك واستفاد مالاً آخر بطلت الوصية وفي الألف المرسلة لو هلكت التركة
تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقاً بعين ما تعلق به حق الورثة قال
وإذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز
لأن الأول وصية بمال الغير لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني
وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وإن كان يتقدر به وقال زفر رحمه الله
يجوز في الأول أيضاً نظراً إلى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلنا
قال ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن
السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا له مثل أحد
الورثة ولا يزاد على الثلث إلا أن تجيز الورثة لأن السهم يراد به
أحد سهام الورثة عرفاً لا سيما في الوصية والأقل متيقن فيصرف إليه إلا
إذا زاد على الثلث فيرد إليه لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة
وله أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه
عن النبي عليه السلام فيما يروى ولأنه يذكر ويراد به السدس فإن إياساً
قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام
الورثة فيعطى ما ذكرنا قالوا وهذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء

قال ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول

يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قايمون

مقام الموصي فاليهم البيان ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس

او في مجلس اخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس

فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان

فله سدس واحد لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة متى اعيدت

يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة قال ومن اوصى بثلث

دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله

فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم

والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار

كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد يمكن جمع حق

احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية

مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف

الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال ولو اوصى

بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم

يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس

مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذا المكيل والموزون

280

بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة ولو اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه

فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذلك الدور المختلفة وقيل هذا قول

ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل

لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه

للفقه المذكور قال ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين

فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي

حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكل

ما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث

وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين فضلا على الدين لان الدين

ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر

بما ذكرناه قال ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث

كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا

اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث

لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا نصف الثلث بخلاف

ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث

للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث

لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم

الا ترى ان من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له ثلث الثلث ولو قال
ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث **مس** ومن اوصى بثلث ماله
ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية
عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود
المال عند الموت لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما
بينا ولو اوصى بثلث غنمه فهلك قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل
فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ
وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند الموت وان لم يكن له غنم
فاستفاد ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانه لو كان بلفظ المال
تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل
والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى
قيمة شاة لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة
اذ ماليتها توجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله
ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته الى المال وبدونها يعتبر
صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه
شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية
باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعله جزءا

من الغنم بخلاف ما اذا اضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير من
المسائل **قال** ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلث
وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن محمد انه
يقسم على سبعة اسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية
لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما
في الزكوة لمحمد رحمه الله ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان
نجد ذلك في القران فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلث فلهذا يقسم
على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى
مع احتمال الكل لاسيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد
فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلث **قال** ولو اوصى بثلثه لفلان
وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد رحمه الله ثلثه
لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما
وعنده لا يصرفه الا الى مسكينين بناء على ما بيناه **قال** ومن اوصى لرجل
بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة
لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباتها بين الكل لما قلنا لاتحاد

المال الا انه نصيب كل واحد منهم ثلاثماية بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائه

ولاخر بمايتين وكان الاشتراك الا انه لا يمكن تحقيق المساواة بينهما لكل لتفاوت

المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر

الامكان قال ومن قال لفلان علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته

فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار

بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر

مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا

فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن

تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه

دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيه

الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه

معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال وان اوصى

بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة لان

ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم

عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهي ان احد الفريقين قد يكون اعلم

بمقدار هذا الحق وابصر به والاخر الد خصاما وعساهم يختلفون في

الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد منهما فيما في يده من غير منازعة فاذا عزل

يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه

فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل

فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ اصحاب

الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار

كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى

المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال

ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وبطلت وصية

الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء وبما لا يملك فصح في الاول وبطل

في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية

فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة

الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا

اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي لان الوصية

انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فتصح في حق من يستحقه منهما

اما الاقرار اخبار عن كائن فقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه

الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات

الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان

للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه

الوارث حيث يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي افراز حصة احدهما تمييز عن
حصة الآخر بقاء وبطلانا قال ومن كان له ثلاثة اثواب
جيد ووسط ورديء فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدري
ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم ان يقول الوارث
لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا
وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل قال الا ان
يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب
الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الوسط ثلث الجيد وثلث الادون
ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب الجيد لا حق له في الردي
بيقين لانه اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما وصاحب الردي
لا حق له في الجيد الباقي بيقين لانه اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما
ويحتمل ان يكون الردي هو الردي الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا
ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردي فيتعين
حق صاحب الوسط فيه ضرورة قال واذا كانت الدار بين رجلين
فاوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي
فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله
نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا

عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله مثل ذرع نصف
البيت له انه اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها مشتركة
فينفذ الاول ويتوقف الثاني وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة
لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا
اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به
وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف
البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها
اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث
لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه
ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر
انه يقصد الايصاء بملك ينتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان
الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه
فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود
الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز
يصير كان البيت ملكه من ابتداء وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر
ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه او لان مراد
الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما امكن الا انه يتعين

البيت اذا وقع في نصيبه جمعًا بين الجهتين التقدير والتمليك اذا وقع في نصيب
الآخر عملنا بالتقدير او لانه اذا التقدير على اعتبار احد الوجهين والتمليك
بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق المراه باول
ولد تلده امته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق الولد الحي
ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصى له الدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع
تقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم
للموصى له وهذا عند محمد رحمه الله فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت
وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة واربعون فيجعل كل خمسة سهما
فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة
وهم بخمسة واربعين فتصير السهام احد عشر للموصى له سهمان وللورثة تسعة
ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد رحمه الله
والفرق ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره
ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه
من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال ومن اوصى من مال
رجل لآخر بألف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو
جائز وله ان يمنع لانه تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون
تبرعا منه ايضا فله ان يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث

[illegible]

من الثلث [illegible]
حين كان [illegible]
على [illegible] الموصى له [illegible]
من الثلث ضرب [illegible] قول ابي يوسف ومحمد
وقال ابو حنيفة رحمه الله [illegible] من الولد

الى ما بعد الحكم الموت حتى ان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها
تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال
واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم
الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث
عند الموت وبها ايجابان عنده او بعده والاقرار وان كان ملزما بنفسه
ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الايثار
بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارية حتى لو كانت الزوجية
قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب
حال صدوره وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا وذكر في
كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان
عليه دين لا يصح لانه اقر له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر
فيها وقت الموت واما الهبة فيروى انها تصح لانها تمليك في الحال
وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح
قال والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك فلم يخف
منه الموت فهبته من جميع المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طبايعه
ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث
وان وهب عندما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار

[redacted]

صاحب فراش الا انه يخاف منه الموت ولهذا ابتدأ في فتكون مرض الموت

باب العتق في المرض

قال ومن اعتق عبداً في مرضه او باع وحابى او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر
من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية
مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا
لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره
من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه
كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه
بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال الصحة اعتبارا بحالة الاضافة
دون حالة العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان
كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح
منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله قال فان
حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة وان اعتق
ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسألتين والاصل فيه ان الوصايا
اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث
لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت
الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا

قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق
وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي
وغيره يلحقه وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي واذا قدم ذلك فما بقي من
الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض
لهما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم
بالذكر لانه لا يوجب التقديم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها ثبتت في ضمن عقد
المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت
المحاباة اولا دفع الاضعف فاذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان
من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث
بين المحاباتين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق
متقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول
والمحاباة فما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى بكل
حال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه
بما بقي عند ابي حنيفة وان كانت الوصية بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك
منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقال ابو يوسف ومحمد يعتق عنه بما بقي
لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية
بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له فلا

لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار
كما لو اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على اصل
آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير
دعوى فلم يختلف المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف
المستحق وهذا اشبه قال ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة وقد كان
اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت وان
كان في حكم الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان
الامتناع لحقهم وقد اسقطوه ولهذا لا يستسعى ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى
العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما ان حق ولي الجناية مقدم
على حق الموصي فكذا على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه
باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما لو باعه الموصي
او وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء في اموالهم لانهم هم الذين التزموه
وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال
ومن اوصى بثلث ماله لآخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد
فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول
الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او يقوم له البينة ان العتق في
الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق

في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر لان مدعاه العتق
في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال وكان منكرا و
القول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات
للتيقن به فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين قال
الا ان يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد لانه لا مزاحم له او يقوم له البينة ان العتق
في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه و
من ترك عبدا فقال العبد للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك
الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يعتق ولا
يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد
فصار كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين
وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض
يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق في المرض اصلا
الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان
الدين اسبق لانه لا مانع له من الاسناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد
العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فيجب السعاية
وعلى هذا الخلاف لو مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف
درهم دين وقال آخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعند ابي حنيفة رحمه الله الوديعة اقوى

وغيرهما سواء

فصل ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي أو أخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لأن الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الأهم وإن تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث لأن الظاهر أن يبتدئ بالأهم وذكر الطحاوي رح أنه يبتدئ بالزكوة ويقدمها على الحج وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف رح وفي رواية عنه أنه يقدم الحج وهو قول محمد رح وجه الأولى أنهما وإن استويا في الفرضية فالزكوة تعلق بها حق العبد فكان أولى وجه الأخرى أن الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج أقوى ثم تقدم الحج والزكوة على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة إذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارات والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لأنه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الأضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وصار كما إذا صرح بذلك قالوا إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما أصاب القرب صرف إليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لأنه إن كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصود فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لأن الواجب عليه لله الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لأداء ما هو الواجب

عليه وإنما قال راكبا لأنه لا يلزمه أن يحج ماشيا فانصرف إليه على الوجه الذي وجب عليه فإن لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لأنه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير أنا جوزناه لأنا نعلم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو أولى من إبطالها رأسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق وأوصى بأن يحج عنه يحج عنه من بلده عند أبي حنيفة رح وهو قول زفر رح وقال أبو يوسف ومحمد رح يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله تعالى فيبتدأ من ذلك المكان كأنه من أهله بخلاف سفر التجارة لأنه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده على ما قررناه أداء للواجب على الوجه الذي وجب

باب الوصية للأقارب وغيرهم

ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة رح وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياس لأن الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله عليه السلام لا صلوة لجار المسجد إلا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولأن المقصد بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره إلا أنه

لابد من الاختلاط وذلك اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رح الجوار الى اربعين دارا
بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم
والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه وعندهما لا يدخل
لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم
من امراته لما روي انه عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها
اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عم وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيدة رح وكذا
يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه
لان الكل اصهار ولو مات الموصي والمراة في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق
الوصية وان كانت في عدة من طلاق باين لا يستحقه لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح
وهو شرط وقت الموت ومن اوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا
محارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم اما في عرفنا لا يتناول الازواج المحارم
ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل ومن اوصى لاقاربه
فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون للاثنين
فصاعدا عند ابي حنيفة رح وقال صاحباه لكل من ينسب الى اقصى اب له اسلم او اول
اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلفوا فيه وفائدة الاختلاف تظهر في
اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة
فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث

وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية
والمقصد من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة وهو يختص بذي
الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا
كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره
وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع
على تركه فعنده رح يتقيد بما ذكرناه وعندهما باقصى اب له في الاسلام وعند الشافعي بالاب
الادنى قال ومن اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند
ابي حنيفة رح اعتبارا للاقرب كما في الارث وعندهما هي بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران
الاقرب ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار
معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته
حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو
كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بينا ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية
للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى والعمة وان لم تكن وارثة
فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى لذوي قرابته
او لاقربائه او لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم
بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته
عند ابي حنيفة رح وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد

بالنص قال الله تعالى واتوني باهلكم اجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة
يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف اليها
الحقيقة ولو اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها
ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى
لاهل نسبه او لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الاباء
وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث يكون
من جانب الام ولو اوصى لايتام بني فلان او لعميانهم او لزمناهم او لاراملهم ان
كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه امكن تحقيق
التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية للفقراء منهم لان المقصود
من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقيق الحاجة
فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني
فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة
فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة
وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا
بمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث
في قول ابي حنيفة رح اول قوليه ... خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه الاناث
تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول

الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا
يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم
والذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا ومن اوصى لورثة
فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك
بان قصده التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه
فالوصية باطلة وقال الشافعي رح في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في موضع
آخر انه يوقف حتى يصطلحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة
ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا
فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث
يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي فلا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من اعتقه
في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد
الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابي يوسف
رح انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم
اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال
واولاد الموالي وموالي الموالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة
وعن ابي يوسف رح انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء
ومحمد رح يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالي عقد الالتزام والاعتاق

لانه لو كان الاسم للمعتق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف ولده
واولاده لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه وبخلاف ما اذا لم يكن له موالي واولاد
فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالي
اعتقهم لانهم ليسوا بموالية حقيقة ولا مجازا وانما يحرزون ميراثهم بالعصوبة بخلاف
معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ويجوز
ذلك ابدا لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في
الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما
يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز مؤقتا ومؤبدا
كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يملكه المورث وذلك
في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة
فاخذ حكمها والمعنى يشملهما فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه
لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين
والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا يمكن قسمة
العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار
اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة
بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا

الدار مهاياة من حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول هو الاعدل اولى
وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف ان لهم ذلك
لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر
للميت مال اخر يخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده
والبيع يتضمن ابطال ذلك فيمنعوا عنه فان مات الموصى له عادت الى الورثة لان الموصي
اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها
ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حياة
الموصي بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما مر من قبل ولو اوصى بغلة عبده
او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها
في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية
بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر
دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع
بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد او الدار
وقال الشافعي له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل
او غير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانه اباحة على اصله ولنا
ان الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل
اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل في حالة الحياة على اصلنا ولا يملك المستعير

الاجارة لانها تمليك ببدل فكذا هذا وتحقيقه ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل
غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا ان
الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هو
في وضعه غير لازم ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث
صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن
تملكها تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي
تملكها اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملكه
معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون
الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج
من الثلث لان الوصية تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصره
فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في
غيره فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة
داره يجوز ايضا لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه
عين حقيقة لانه دراهم او دنانير فكان بالجواز اولى ولو لم يكن له مال غيره كان
له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلو اراد الموصى له
قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا
في رواية عن ابي يوسف رحمه الله فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك

فكذا للموصى له الا انا نقول المطالبة بالقسمة تبتني على ثبوت الحق للموصى له فيما
تلاقيه القسمة لانه هو الطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك
المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث
فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما
شيئا معلوما عطفا منه لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت
الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة
مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر لان الوصية اخت الميراث
من حيث ان الملك يثبت فيهما بعد الموت ولها نظائر وهو ما اذا اوصى بامة
لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه
او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب
الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها اما اذا فصل احد الايجابين عن الآخر
فيها فكذلك الجواب عند ابي يوسف رحمه الله واما على قول محمد رحمه الله الامة للموصى له بها
والولد بينهما نصفان وكذلك في اختيها لابي يوسف رحمه الله ان بايجابه في الكلام الثاني
تبين بينهما نصفان وكذلك ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها
دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم
شيئا في حال حيوة الموصي فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية
الرقبة والخدمة ولمحمد رحمه الله ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها

وما في بطنها واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا ان العام الذي موجبه ثبوت الحكم على
سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل منهما وصية بالايجاب على
حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثاني رجوعا عن الاول
كما لو اوصى بالخاتم للثاني بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وانما
يستخدمه الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا اوجب الخدمة لغيره لا
يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص او
الاستثناء فيتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص ومن اوصى
لاخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني
ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه فله
الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول
المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتابد الا بتناول المعدوم
والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا اما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود
مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان ياكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا
اطلقت تتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها
الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف الى دليل زائد ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا
او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن
وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب
عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس
يابى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع
بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بطريق الاولى
لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واخواه فلا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا يستحق
بعقد ما فكذلك لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقه بعقد البيع
تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية

باب

وصية الذمي

ولو ان يهوديا او نصرانيا بنى بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث
لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما
عندهما فلان هذه معصية فلا يصح عندهما ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه
اذا اوصى ان يبنى داره بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف
ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين وان اوصى بداره
كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد الوصية
باطلة لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما
في تنفيذها تقرير المعصية وله ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون
فيجوز بناء على اعتقادهم الا ترى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا يجوز
الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة
وبين الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول ملكه بان يصير

بمنزلة الخاصة بهم كما في مساجد المسلمين و الكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فتبقى
على ملك الباني فيورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لتعلق حق
العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا لعدم تحريره بخلاف الوصية لانه وضع
لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غيرها من القرب عندهم فبقي فيما هو قربة على
معتقدهم فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها ان
يكون قربة في معتقدهم ولا يكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه وما اذا اوصى الذمي بان
تذبح خنازير وتطعم المشركين وهذا على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرنا
والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما
اذا اوصى بالحج او بان يبنى مسجدا للمسلمين او بان يسرج في مساجد المسلمين وهذه الوصية
باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم
معلومون والجهة مشورة ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا
اوصى بان يسرج في بيت المقدس او يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كان
لقوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها
اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات فان
هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا
واستخلافا وصاحب الهوى اذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا امرنا
بالبناء على الظاهر فان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فهو على الخلاف المعروف في

تصرفاته من ابي حنيفة رح وصاحبيه رح وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على
الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او
ذمي بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ باجازتهم
وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله
باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت
الوصية ورد الباقي على ورثته وذلك من حق المستامن ايضا ولو اعتق عبده عند الموت
او دبر عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذا لو
اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة
الذمي ولهذا يصح عقود التمليكات منه في حال حيوته ويصح تبرعه في حيوته فكذا في مماته
وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه لا يجوز لانه من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه
ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث
او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلم لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات
ولو اوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي
في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته

باب الوصي وما يملكه

ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد لان الميت
مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حيوته او بعد مماته صار مغرورا

من جهته فلا يلزمه بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في
غير وجهه لانه لا ضرر هنالك لانه حي قادر على التصرف بنفسه فان ردها في وجهه
فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب
غيره فان لم يقبل ولم يرد حتى الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمته
لان ذلك دلالة القبول والالتزام وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من
الوصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث
لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه
واذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل انابة لثبوته في حال
قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم
وشرط الاخبار فيه فيما تقدم من الكتب وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل
ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه عن الوصية حين قال لا اقبل لان بمجرد
قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا الا اخرجه عن الوصاية بالميت
وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي
اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما
يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال
الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج
القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي ومن

اوصى الى عبد وكافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ
يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد في الاصل ان الوصية
باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور ان الوصية ستبطل وقيل معناه في العبد
باطلة حقيقة لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر
ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا
انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة
الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه
القاضي عن الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق
مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره ومن اوصى الى عبد نفسه
وفي الورثة كبار لم تصح الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز
عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة
عند ابي حنيفة ولا يجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب يروى
مرة مع ابي حنيفة وتارة مع ابي يوسف وجه القياس ان الولاية منعدمة لان الرق
ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة
من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع
وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار
وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم

كل واحد منهما بالشفقة فنزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان الولاية تثبت
بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي
الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الشقيقين في الانكاح لان السبب هناك القرابة
وقد قامت بكل منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته
بانكاحها من كفو يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصي ولهذا بقي مخيرا في
التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه فيصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه
فلا يصح اصله الدين الذي عليهما ولهما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة
لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة ابدا وهي ما استثناه في الكتاب
ولفواتها فقال الا في شرى الكفن وتجهيزه لان في التاخير فساد الميت ولهذا
يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريا ورد
الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء
الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس
حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى
الراي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الراي والخصومة
في حقوق الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة
لان في التاخير خيفة الفوات ولانه تملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية
وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة

وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة او نقول يصار
اليه كيلا تؤدي الى ابطال اصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى ومن عجز عن القيام
بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل
بضم الآخر اليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر باعانة غيره فلو شكا اليه الوصي ذلك
لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر عند
القاضي عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على
التصرف امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه
مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته
فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكى الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي
له ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت
الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه
منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصي له ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما
ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد دون صاحبه الا في اشياء معدودة نبينها
ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف ينفرد كل منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان الوصاية
سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزى فيثبت لكل منهما كملا كولاية الانكاح
للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه
الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص

لان في التاخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من
باب الولاية وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد
بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا
في القبض ولانه في معنى المبادلة لاسيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان
من باب الولاية فلو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما
بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد
رضي براي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب الوصية عند
الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما جعل القاضي
مكانه وصيا اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي
اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف الحي منهما وان كان
يقدر على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه فيكون ممكن
التحقيق بنصب وصي آخر مكان الميت ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي
ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي
الى نصب وصي آخر لان راي الميت باق حكما براي من يخلفه وعن ابي حنيفة انه
لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره
لانه ينفذ تصرفه براي المثنى كما رضيه المتوفي فاذا مات الوصي واوصى الى آخر
فهو وصية في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي لا يكون وصيا

في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحيوة والجامع بينهما انه رضي برايه
لا براي غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره
كالجد الا يرى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى
الجد في النفس ثم الجد قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان
الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولاية وعند الموت كانت له ولاية في التركتين
فينزل الثاني فيه منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه تعتريه المنية
قبل تتميم مقصوده وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف
الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره
والايصاء اليه ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمة الورثة
عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به
ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث
اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس
له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه
ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي
فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له
ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله
ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون

له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على
الشركة ويبقى ما بقي على الشركة فان قاسم الورثة وقبض نصيب الموصى له فضاع
يرجع الموصى له بثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده
وقال ابو يوسف ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء والا يرجع بتمام الثلث
وقال محمد لا يرجع لان القسمة حق الموصي ولو افرز الموصي بنفسه مالا
ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا لو افرزه وصيه الذي قام مقامه
ولابي يوسف ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق
بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة ان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو
تأديته الحج فلم يعتبر دونه وصار كما لو هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان
تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة لو لاقابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه
لم يتم فصار كهلاكه قبلها ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي
فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى
له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق
الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى
لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل واذا باع الوصي
عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز لان الوصي قائم مقام الموصي ولو
تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا

لما قالوا ان من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء يتعلق بالمالية لا بالصورة والبيع
لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء
حق الاستسعاء اما ههنا بخلافه ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على
المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي لانه
هو العاقد فيكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن
الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه
رده ويرجع فيما ترك الميت لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة اولا
يقول لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد
انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث
وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع
التركة بخلاف القاضي او امينه لو تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها
القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة
فيتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل
وقد مر في كتاب القضاء وان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء
كما لو كان على الميت دين آخر وان قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من الورثة
عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد يرجع في مال الصغير لانه عامل
له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه

ولو باع الوصي مال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون املى له

الولاية نظرية وان كان املى له لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض

الوجوه ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله لانه لا نظر

في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد

بابه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن

الفاحش عند ابي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف

الوصي لانه بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان

التصرف بالفاحش منهم تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من اهله ولو كتب كتاب

الشراء على الوصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتب كتاب الشراء على حدة لان

ذلك احوط ولو كتب جملة عسى يكتب الشاهد شهادته في الكل من غير تفصيل فيصير

ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان

وصي فلان لما بينا وقيل لا باس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا وبيع الوصي

على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما سواه ولا يليه فكذا

وصيه فيه والقياس ان لا يملك الوصي غير العقار لانه لا يملكه الاب على الغائب الا انا

استحسناه لما انه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك

الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون

التجارة وقال ابو يوسف ومحمد وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة

وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا الجواب في تركة

هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم

والوصي احق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي الجد احق لان الشرع

اقامه مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث فيتقدم على وصيه ولنا ان

بالايصاء ينتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب

نفسه وهذا لان اختيار الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه

انظر لبنيه من تصرف ابيه فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب

الناس اليه واشفقهم عليه حتى ملك الانكاح دون الوصي غير انه يقدم وصي الاب

في التصرف لما بيناه

فصل في الشهادة

ولو شهد الوصيان ان

الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لاثباتهما

معينا لانفسهما الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا

من التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء او

ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه

اما الوصاية تثبت بنصب القاضي وكذلك الابنان معناه اذا شهدا ان الميت

اوصى الى فلان وهو ينكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة

ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت او غيره فشهادتهما

باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به وان شهدا لوارث

كبيرٌ في مال الميت لم يجز وان كان في غير مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا ان شهد الوارث كبيرٌ يجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف
في التركة لما كانت الورثة كبارًا فعريت عن التهمة وله انه يثبت لهما ولاية
الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف
شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام
نفسه في تركته لا في غيرها ولو شهد الرجلان لرجلين على ميت بدين الف
درهم وشهد الاخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وان كانت
شهادة كل فريق للآخرين بوصية الف درهم لم تجز وهذا قول ابي حنيفة رح ومحمد
وقال ابو يوسف رح لا تقبل في الدين ايضًا وابو حنيفة فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف
وعن ابي يوسف مثل قول محمد وجه القبول ان الدين يجب في الذمة
وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما
ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ
الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة شاركه الآخر
فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حيوة
المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة ولو شهدا انه اوصى
لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبده
جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى لهذين

الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة
باطلة وكذلك لو شهدا ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد
المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة
مثبتة للشركة

كتاب الخنثى

فصل في بيانه

واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من
الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف
يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من اي عضو
كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب وان بال
منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى انه هو العضو الاصلي وان كانا
في السبق سواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة رح وقالا ينسب الى اكثرهما لانه
علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع
فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون
لاتساع في احدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل
بالاتفاق لانه لا مرجح ولو بلغ الخنثى وخرجت لحيته او وصل الى النساء
فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستوٍ لان هذه من
علامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن في ثدييه او حاض
او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات النساء

وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه
المعالم

فصل في احكامه

الاصل في الخنثى المشكل ان يوخذ فيه بالاحوط
والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته فاذا وقف
خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امراة فلا يتخلل الرجال
كيلا يفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلوته
تامة ويعيد الذي عن يمينه ومن يساره والذي خلفه بحذائه صلوتهم احتياطا
لاحتمال انه امراة وفي صف النساء ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امراة ويجلس
في صلوته جلوس المراة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في
الجملة وان كان امراة فقد ارتكب مكروها لان الستر واجب على النساء ما
امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه امراة وهو على الاستحباب
وان لم يعد اجزاه ويبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته
النظر اليه رجلا كان او امراة ويكره ان يختنه رجل لانه عساه امراة او تختنه
امراة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له مال ابتاع الامام من
بيت المال لانه اعد لنوايب المسلمين فاذا ختنته باعها ورد ثمنها الى بيت المال
لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في حيوته لبس الحلي والحرير وان يتكشف
قدام الرجال او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امراة وان
يسافر من غير محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق

قال ابو يوسف رحمه الله لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط
وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد رحمه الله يلبس لباس المراة لان ترك لبس المخيط
اخش من لبسه وهو رجل والانثى عليه لانه لم يبلغ ومن حلف بطلاق او عتاق
ان كان اول ولد تلد به غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امر الخنثى لان الحنث
لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى
لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا وان قال القولين جميعا عتق لتيقن
باحد الوصفين لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى انا رجل او قال انا امراة
لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى يخالف الدليل وان لم يكن مشكلا
ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله
رجل ولا امراة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمة
وييمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امراة لاحتمال
انه ذكر او انثى وان سجي قبره فهو احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان
ذكرا فالتسجية لا يضره واذا مات فصلى عليه وعلى رجل وامراة يوضع الرجل مما
يلي الامام والخنثى خلفه والمراة خلف الخنثى فيوخر عن الرجل لاحتمال انه
امراة ويتقدم على المراة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر
جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امراة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان
كان مع امراة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير نعش فهو احب

الى الاستعمال انه عورة ويكفن كما يكفن الجارية وسولعب الى يعنى يكفن فى خمسة اثواب لانه ان كان انثى فقد اقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلث فلا باس بذلك ولو مات ابوه وخلف ابنا فالمال بينهما اثلاثا عند ابى حنيفة رح للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده فى الميراث الا ان يتبين غير ذلك وقال الخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبى رح واختلفوا فى قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثنى عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف رح المال بينهما على سبعة اسهم للابن اربعة وللخنثى ثلثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب باربعة فيكون سبعة ولمحمد رح ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا لاحتياج الى حساب له ثلث ونصف واقل ذلك ستة ففى حال المال بينهما نصفان لكل واحد ثلاثة وفى حال اثلاثا للخنثى سهمان وللابن اربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك فى الزايد فينتصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فتضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثنى عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابى حنيفة رح ان الحاجة هنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فاوجبنا المتيقن قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك وصار كما اذا كان الشك فى وجوب المال بسبب آخر فانه يوخذ فيه بالمتيقن كذا هذا الا ان الاول لو قدرناه ذكرا يعطى له نصيب الابن فى تلك الصورة لكونه متيقنا وسواء ان يكون الورثة زوجا واما واختا لاب وام هى خنثى او امراة واخا لام واختا لاب وام هى خنثى فعندنا فى الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقى للخنثى وفى الثانية للمراة الربع وللاخ لام الثلث والباقى للخنثى لانه اقل النصيبين فيهما

مسايل شتى

قال رحمه الله واذا قرئ على الاخرس كتاب وصية فقيل له انشهد عليك بما فى هذا الكتاب فاومى براسه اى نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك فى الذى يعتقل لسانه وقال الشافعى رح يجوز فى الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلى والعارض كالوحشى والمتوحش من الاهلى فى حق الزكوة والفرق لاصحابنا رح ان الاشارة انما يعتبر اذا صارت معهودة معلومة وذلك فى الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارض على شرف الزوال دون الاصلى فلا يتقاسان وفى الآبدة عرفناه بالنص قال ولو كان الاخرس يكتب كتابا او يومى ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه

فيها والله اعلم تمام

وبيعه وشراوه ويتصرف منه وله ولا يحتج ولا يحتج له اما الكتابة فلانها ممن
نأى بمنزلة الخطاب ممن دنى الا يرى ان النبي عليه السلام بلغ التبليغ مرة
بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغايب العجز وهو
في الاخرس اظهر والزم ثم الكتابة على ثلث مراتب مستبين مرسوم وهو
بمنزلة النطق في الحاضر والغايب على ما قالوا ومستبين غير مرسوم وهو
بمنزلة الكتابة على الجدار واوراق الاشجار فينوى فيه لانه بمنزلة صريح
الكناية فلا بد من البينة وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو
بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم والاشارة جعلت حجة في حق الاخرس
في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا تختص
بلفظ دون لفظ وقد يثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا
والحاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى وانها تندرئ بالشبهات ولعله
كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد ايضا بالاشارة في القذف
لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد
لا يثبت بيان فيه شبهة الا يرى انه لو شهدوا بالوطي الحرام او اقر بالوطي الحرام
لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص
وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع
جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كساير المعاوضات التي هي حق العبد

اما الحدود الخالصة لله تعالى شرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية
فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من
الكتاب من الغايب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب
فيهما كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون فارقا لذلك لانه يمكن
الوصول الى نطق الغايب في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر
الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسألة على ان الاشارة معتبرة وان
كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا انه لا يعتبر الاشارة
مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال
اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة
بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة اي لم يوجد في الكتابة لما
انه اقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما
او يومين لعارض لما بينا في المعتقل لسانه ان آلة النطق قائمة وقيل هذا
تفسير لمعتقل اللسان ولو كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة
اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يوكل
وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل التناول في جميع
ذلك لان الميتة المتيقنة تحل في حالة الضرورة فالذي يحتمل ان يكون ذكيه اولى
غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة

وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة

اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان

الحال حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة

الا يرى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمغصوب والمسروق

ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز

عنه ولا يستطاع الامتناع منه فيسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة

وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة فيه

تمت كتاب الهداية بعون الله ... ووقع

الفراغ عن تحريرها في عشر الخمس من شعبان

المبارك سنة خمس وستين وسبعمائة

الحمد لله على التمام والصلوة

على محمد افضل الكرام

وعلى اله

الكرام

Süleyman... Kütüphanesi
Kısmı Fatih
Yeni
Eski kayıt 2251

304

٧٦٥